



UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**Desprotección del medio ambiente frente al efecto no
vinculante de la consulta previa**

Tesis previa a la obtención del título de:
ABOGADO

AUTOR: Veloz Castro Hugo Danilo
E-mail: hdanilovc@hotmail.com

TUTOR: Dr. Vela Lombeyda David

Septiembre, 2014
Quito

DEDICATORIA

Dedico este trabajo en primer lugar a Dios por ser siempre mi fortaleza quien siempre ha llenado mi corazón de humildad, ha propagado de bendiciones mi hogar, y por permitirme llegar a este momento tan especial de mi vida, de igual forma dedico este trabajo a mis padres Mami Pía y papi Pancho quienes con su esfuerzo y sacrificio me han dado el privilegio de poder estudiar, cumpliendo cada una de las etapas académicas, a mis hermanas Vanne y Pao por compartir esos momentos inolvidables a su lado y su apoyo, a mi novia Rose quien ha sabido ser mi mejor amiga y me ha brindado su amor y por estar siempre dispuesta a escucharme y ayudarme en cualquier momento, y a toda mi familia y amigos quienes con su afecto y cariño han aportado siempre con un buen consejo, y cariño.

Hugo Danilo Veloz C.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por haberme dado la vida, por protegerme y por ser mi fortaleza en los momentos de debilidad, a mis padres por ser mis ángeles de la guarda quienes gracias a su sacrificio y paciencia me han sabido guiar, darme un buen consejo y siempre su apoyo en los momentos malos y buenos, llenarme de valores y sobretodo amor, a mi familia y amigos quien siempre estuvieron dispuestos a ayudarme cuando más los necesitaba, a mis profesores de la Universidad central quienes de manera acertada y desinteresada nos han colaborado y compartido sus conocimientos y experiencias que fueron de gran ayuda para el desarrollo de este trabajo.

Hugo Danilo Veloz C.

DECLARATORIA DE ORIGINALIDAD

Quito, 10 de septiembre del 2014

Yo, Veloz Castro Hugo Danilo, autor de la investigación, con cédula de ciudadanía No. 171559797-5, libre y voluntariamente DECLARO, que el trabajo de Grado titulado: *“Desprotección del medio ambiente frente al efecto no vinculante de la consulta previa”* Es de mi plena autoría original y no constituye plagio o copia alguna, constituyéndose en documento único, como mandan los principios de la investigación científica, de ser comprobado lo contrario, me someto a las disposiciones legales pertinentes.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad.

Atentamente,



Veloz Castro Hugo Danilo

E-mail: hdanilovc@hotmail.com

C.C. 171559797-5

AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL

Veloz Castro Hugo Danilo, en calidad de autor de la tesis realizada sobre *“Desprotección del medio ambiente frente al efecto no vinculante de la consulta previa”*; por la presente autorizo a la UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR, hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o parte de los que contienen esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autor me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán vigentes a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8; 19 y demás pertinentes de la Ley de Propiedad intelectual y su Reglamento.

Quito, 10 de septiembre de 2014



.....
C.C. 171559797-5

APROBACIÓN DEL TUTOR DE TESIS

DR. DAVID VELA LOMBEYDA

ABOGADO M. P. 055 BOLIVAR

PROFESOR DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

Quito, 24 de junio de 2014

Señora Doctora

Yolanda Yupanqui Carrillo,

DECANA DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR,

Presente.-

Señora Decana

En calidad de Tutor de la tesis **DESPROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE FRENTE AL EFECTO NO VINCULANTE DE LA CONSULTA PREVIA**, elaborada por el señor **VELOZ CASTRO HUGO DANILO**, previo a la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA**, considero que el graduando ha elaborado su trabajo con responsabilidad, cumpliendo con todos los requisitos de Titulación y epistemológicos.

Además ha cumplido con todas las sugerencias y observaciones realizadas a este trabajo por parte del tutor.

Por lo tanto la **apruebo**, debiendo continuar con el trámite administrativo correspondiente.

Atentamente,



Dr. David Vela Lombeida
TUTOR



APROBACIÓN DEL JURADO

Los miembros del Jurado Examinador aprueban el informe de titulación *“DESPROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE FRENTE AL EFECTO NO VINCULANTE DE LA CONSULTA PREVIA”*, para constancia firman.

PRESIDENTE

VOCAL

VOCAL

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
DECLARATORIA DE ORIGINALIDAD	iv
AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL	v
APROBACIÓN DEL TUTOR DE TESIS	vi
APROBACIÓN DEL JURADO	vii
ÍNDICE DE CONTENIDOS	viii
ÍNDICE DE ANEXOS.....	xii
ÍNDICE DE CUADROS	xiii
RESUMEN EJECUTIVO	xvi
ABSTRACT	xvii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	4
1. EL PROBLEMA	4
1.1 Tema.....	4
1.2 Planteamiento del problema	4
1.2.1 Contextualización Macro	5
1.2.2 Contextualización Meso	6
1.2.3 Contextualización Micro	7
1.2.4 Ubicación del problema en un contexto socio cultural	8
1.2.5 Delimitación del problema	10
1.2.6 Formulación del Problema	10
1.2.7 Evaluación del problema	10
1.3 Objetivos	12
1.3.1 Objetivo General	12

1.3.2 Objetivos Específicos.....	12
1.4 Justificación.....	12
CAPÍTULO II	14
2. MARCO TEÓRICO.....	14
2.1 Antecedentes Investigativos.....	14
2.2 Fundamentación Doctrinaria	16
2.2.1 Generalidades y conceptos	17
2.2.2 Medio Ambiente.....	17
2.2.3 Derechos fundamentales	19
2.2.4 La Constitución como norma suprema.....	24
2.2.5 El derecho de Consulta previa.....	27
2.2.6 La obligación del Estado de cumplir y hacer cumplir los derechos	31
2.2.7 El efecto vinculante de la consulta previa	35
2.3 Fundamentación Legal	38
2.3.1 Naturaleza jurídica de la figura de consulta previa	39
2.3.2 La consulta previa en la Constitución	43
2.3.3 Reglamento de aplicación de la consulta previa en la Ley de gestión Ambiental.....	46
2.3.5 Jurisprudencia internacional sobre el tema	55
2.4 Fundamentación Teórico – Científica	58
2.4.1 Presupuestos de la aplicación de la consulta previa en la toma de decisiones ambientales.....	60
2.4.2 Propiedad de los recursos naturales del subsuelo, pueblos indígenas y consulta.....	63
2.4.3 La naturaleza como sujeto de derechos constitucionales	66
2.4.3.1 El derecho internacional del medio ambiente	68
2.5 Hipótesis.....	70
2.5.1 Hipótesis General	70
2.5.2 Hipótesis Específicas.....	70
2.6 Variables	70

2.6.1 Variable dependiente.....	70
2.6.2 Variable independiente.....	71
CAPÍTULO III.....	72
3. MARCO METODOLÓGICO.....	72
3.1 Tipos de investigación.....	72
3.1.1 Investigación bibliográfica.....	72
3.1.2 Investigación de campo.....	73
3.1.3 Investigación Explicativa.....	73
3.1.4 Investigación Descriptiva.....	74
3.2 Población y muestra.....	75
3.3 Métodos.....	77
3.3.1. Método Analítico-Sintético.....	77
3.3.2. Método Inductivo-Deductivo.....	77
3.3.3. Método Histórico-Lógico.....	77
3.3.4. Método Científico.....	78
3.4 Técnicas de recolección de datos.....	78
3.4.1 Observación.....	79
3.4.2 Entrevista.....	79
3.4.3 Encuesta.....	79
3.5 Instrumentos.....	80
3.5.1 Formulario del cuestionario.....	80
CAPÍTULO IV.....	81
4. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	81
4.1 Formulario de la encuesta.....	81
4.1.1 Análisis e interpretación de resultados de la encuesta.....	83
4.2 Formulario de la entrevista.....	91
4.2.1 Análisis e interpretación de resultados de la entrevista.....	92
CONCLUSIONES.....	96

RECOMENDACIONES	97
CAPÍTULO V	98
5. PROPUESTA	98
5.1 Tema.....	98
5.2 Antecedentes de la propuesta	98
5.3 Justificación.....	99
5.4 Objetivos	100
5.4.1 General	100
5.4.2 Específicos	100
5.5 Beneficiarios.....	101
5.5.1 Beneficiarios directos	101
5.5.2 Beneficiarios indirectos	101
5.6 Factibilidad.....	101
5.7 Fases del proyecto	104
5.8 Descripción de la propuesta	105
5.9 Impactos	105
5.10 Evaluación.....	106
BIBLIOGRAFÍA.....	108
ANEXOS.....	115

ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1	115
Anexo 2	117

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro 1	76
Cuadro 2	104

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1.....	83
Gráfico 2.....	84
Gráfico 3.....	85
Gráfico 4.....	86
Gráfico 5.	87
Gráfico 6.....	88
Gráfico 7.....	89
Gráfico 8.....	90

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.....	83
Tabla 2.....	84
Tabla 3.....	85
Tabla 4.....	86
Tabla 5.....	87
Tabla 6.....	88
Tabla 7.....	89
Tabla 8.....	90

RESUMEN EJECUTIVO

“Desprotección del medio ambiente frente al efecto no vinculante de la consulta previa”

La consulta previa determinada por tratados internacionales suscritos por el Ecuador como un derecho, está siendo utilizada como un mero formalismo o requisito que cumple el Gobierno para cubrirse las espaldas frente a demandas internacionales cuando ocurren desastres ecológicos, especialmente en las poblaciones de la amazonia en virtud de la actividad extractivista, pues quien decide si se lleva a cabo o no un proyecto específico que conlleva daños al medio ambiente es el propio Estado consultor en virtud de la atribución que le otorga el numeral 7 del Art. 57 en concordancia con el ultimo inciso del Art. 398 de la Constitución, con estos antecedentes es necesario propiciar una enmienda constitucional de estos artículos y así evitar la desprotección del medio ambiente frente al efecto no vinculante de la consulta previa que atenta contra los derechos constitucionales de la naturaleza y de los pueblos del territorio ecuatoriano.

Palabras Claves:

CONSULTA PREVIA, DERECHO, EFECTO NO VINCULANTE, DESPROTECCIÓN, MEDIO AMBIENTE, DAÑO AMBIENTAL.

ABSTRACT

ENVIRONMENT UN-PROTECTION BEFORE NON-MANDATORY EFFECT OF PRIOR CONSULTATION

Prior consultation provided in international agreements subscribed by Ecuador as a right, is being used as a formality or requirement to be complied by the Government to protect itself from international suits, when ecologic disasters occur, mostly in towns of the Amazon region due to extractives activity. The State rules over the execution or not of a specific project that implies damages to the environment, in virtue of the consent granted by numeral 7, Art.57 pursuant to the last paragraph of Art. 398 of the constitution. In accordance to backgrounds, a constitutional amendment of such articles should be promoted in order to prevent environmental defenseless in front of the non-mandatory effect of the prior consultation that affects constitutional rights of the nature and peoples of the Ecuadorian territory.

Keywords: PRIOR CONSULTATION, NON-MANDATORY EFFECT, NON-PROTECTION, ENVIRONMENT, ENVIRONMENTAL DAMAGE.


Ernesto Andino G.
Translator



INTRODUCCIÓN

El Estado constitucional de derechos y justicia en que se convirtió nuestro país a partir de la promulgación de la Constitución del 2008, determino a la naturaleza como sujeto de derechos, con el fin de proteger el medio ambiente contra los impactos ambientales dañinos y de obligar a los culpables a la reparación integral de los mismos si se llegaran a presentar.

En este mismo orden de ideas, también la norma suprema declaró la existencia del derecho a vivir en un ambiente sano, determinando que el Estado debe establecer mecanismos de garantía frente a posibles transgresiones o amenazas, bajo este contexto y sobre la base del reconocimiento de varios tratados internacionales se incluyó en la Constitución de la República, la figura de la consulta previa intrínsecamente vinculada a los principios de sustentabilidad, participación, información y prevención de actividades que atenten contra la naturaleza.

Sin embargo la consulta previa adolece de un gravísimo defecto fruto de la errónea redacción tanto del Art. 57 como del 398 de la Constitución, pues la decisión que adopten las personas y comunidades consultadas, no tiene efectos vinculantes para el Estado, quien terminará decidiendo la realización de proyectos que causen impactos ambientales y al mismo tiempo se vulneraran los derechos colectivos de las comunidades afectadas, en pleno estaco constitucional de derechos y justicia no se puede permitir que la misma norma suprema permita la violación de los derechos que reconoció en favor de los ciudadanos y de la naturaleza.

En este sentido la consulta previa se convierte en un mero requisito de obligatorio cumplimiento para el Estado y no en una garantía jurisdiccional de protección de los derechos constitucionales tanto de la naturaleza como de los pueblos y comunidades que se encuentran en la zona de impacto ambiental de determinado proyecto, por lo tanto se vislumbra la desprotección del medio ambiente por parte del mismo instrumento que le convirtió en sujeto de derechos.

Con la finalidad de alcanzar el objetivo propuesto en esta investigación, es decir el de proporcionar una efectiva protección a la naturaleza frente al efecto no vinculante de la consulta previa, se ha elaborado el siguiente trabajo investigativo, en el cual se detalla todos los pasos de estudio, así tenemos que en el:

Capítulo I.- Se definirá la forma y tipo de investigación tomando en cuenta los objetivos planteados desde la exposición misma de la problemática jurídica, la justificación y la explicación de la contextualización macro meso y micro de la investigación, la ubicación del problema en un contexto socio cultural, su delimitación y su formulación de todo el problema que advertimos por la falta de efecto vinculante de la consulta previa.

Capítulo II.- Esta sección abarca el estudio minucioso de los antecedentes investigativos, para luego establecer la fundamentación doctrinaria sobre la figura de la consulta previa, comenzando con una breve revisión de los conceptos básicos en nuestra investigación como la definición de ambiente derechos fundamentales, luego pasaremos a analizar desde el ámbito de la doctrina jurídica los enunciados otorgados por diferentes tratadista sobre la problemática de los derechos indígenas los derechos de la naturaleza y el efecto no vinculante que tiene la consulta previa según consta de la misma Carta fundamental del Ecuador.

Capítulo III.- En esta parte del trabajo determinaremos la modalidad básica de la investigación, el nivel o tipo de investigación, la población y muestra, la matriz de Operacionalización de variables, las técnicas e instrumentos y recolección de datos, el procedimiento de la Investigación, la investigación de campo con sus encuestas y entrevistas, el procesamiento de la información, la tabulación y finalmente la representación gráfica.

Capítulo IV.- Esta sección se encarga del análisis e interpretación de resultados de la encuesta y de la entrevista utilizada en la investigación de campo, de la verificación de la hipótesis y se plantearan las conclusiones a las que se ha llegado, proponiendo finalmente recomendaciones en base al estudio realizado.

Capítulo V.- Esta es la última parte en donde se desarrolla la propuesta cuyo proceso comenzará por definirse el tema, los datos informativos, los antecedentes de la misma, la justificación, los objetivos: general y específicos, la fundamentación científico – teórica, el plan operativo de la propuesta, la administración, la evaluación y finalmente se dará a conocer la bibliografía y se incorporaran los anexos.

CAPÍTULO I

1. EL PROBLEMA

1.1 Tema

Desprotección del medio ambiente frente al efecto no vinculante de la consulta previa

1.2 Planteamiento del problema

El problema jurídico radica en que la Constitución del 2008 estableció que: *“Toda decisión o autorización Estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente [...]”*. (Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, 2011). Esta forma de democracia participativa llamada consulta previa, es generada en virtud del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos y del otorgamiento de derechos colectivos a los pueblos y nacionalidades del país, que han sido las víctimas de los impactos ambientales de las actividades extractivas de recursos no renovables.

Dentro de esta novedosa figura de la consulta previa es donde se presenta la problemática jurídica, pues se la ha manipulada maliciosamente dentro de la Constitución, al establecer que si hay una oposición mayoritaria de la comunidad consultada, de toda manera la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por el Estado, así lo estipula el Art. 398 de la Constitución en su tercer inciso que dice: *“Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley”*. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 115 Art. 398).

Si tomamos en cuenta esta preposición constitucional, no cabe duda que el derecho de los pueblos y de la naturaleza queda violentado a causa de la decisión del mismo consultante, evidenciando que no es más que un requisito para la ejecución de propósitos estatales antes que un derecho, cuya particularidad es la de ser exigibles ante cualquier autoridad.

En este sentido se presenta una vulneración de derechos, pues el nuevo ordenamiento jurídico nacional proclama una organización Estatal constitucional de derechos y justicia social, el mismo que garantiza derechos básicos como el consultar a las comunidades sobre si están de acuerdo sobre un proyecto de exploración o explotación que se encuentre relacionado con estos conglomerados humanos.

Además se advierte que a pesar de la oposición de los comuneros el que tiene la última palabra es los organismos estatales, es decir que la consulta a las comunidades es un instrumento inútil de protección de derechos, ya que al final el Estado es quien toma la decisión de explotar o no un proyecto que se encuentre relacionado a la vida de la comunidad consultada, basándose en la misma norma suprema que muestra un oscurantismo en su redacción y por tanto una violación a los derechos de la naturaleza y de los pueblos que se resisten a formar parte de esta falsa sociedad de derechos y justicia.

Es por esto que debemos asegurar el efecto de protección de derechos que instrumentos jurídicos internacionales propusieron, debiendo ser la base de las proposiciones en la Constitución, es decir que la consulta previa a las comunidades y sus resultados deben ser vinculantes y acatados por las instituciones estatales para que no se siga generando esta problemática. Por lo que en este trabajo de investigación se propone mediante reformas constitucionales de los Arts. 57 y 398 de la Constitución, cuya redacción es ambigua y deja en total indefensión a la naturaleza, redactar un nuevo esquema que obligue al Estado a obedecer la decisión de las comunidades expresadas en la consulta previa, pues son al final estos grupos humanos los que se benefician o perjudican al ser parte de proyectos de exploración o explotación de recursos naturales que se encuentran en el medio ambiente.

1.2.1 Contextualización Macro

Las comunidades indígenas representan en nuestro país, en la región y en el mundo un conglomerado humano que el 13 de septiembre de 2007 lograron promover y crear un documento dentro del seno de las Naciones Unidas para que se respeten sus derechos, esta Declaración adoptada por la ONU representa un acuerdo entre países sobre la protección del convivir indígena y tribal en el mundo, pues simboliza un manual de

actuación de parte de los Estados para con estos pueblos aborígenes, redactándose que tienen que hacer o no hacer los gobiernos en torno a esa cuestión.

En este sentido si revisamos acidiosamente el documento elaborado por Naciones Unidas en coordinación con los pueblos indígenas encontraremos que el instrumento de protección de derechos tiene cuatro temas importantes que son:

1. *“el derecho a la autodeterminación;*
2. *el derecho al reconocimiento como pueblos distintos;*
3. *el derecho al consentimiento libre, previo e informado; y*
4. *el derecho a no ser discriminados” (UNICEF, 2013, pág. 14)*

El tema de los derechos al consentimiento libre, previo e informado significa que:

“los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados y a tomar decisiones en cualquier cuestión que los afecte, libremente, sin presión, teniendo toda la información y antes de que cualquier cosa suceda” (UNICEF, 2013, pág. 14)

Tomando en cuenta estos antecedentes podemos concluir que el estudio en su contextualización macro estudia esta clase de derechos otorgados dentro del derecho humano internacional, por lo que se centra en el análisis de estos instrumentos y documentos que forman parte de la problemática dada por la falta de efectividad de la consulta previa en nuestro país.

1.2.2 Contextualización Meso

Las comunidades indígenas en nuestro país representan un gran sector poblacional, en un estudio realizado por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador en el año 2000 se muestra que *los Pueblos Indígenas constituyen el 40% de la población ecuatoriana, (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), 2000).*

Esta suma de colectivos indígenas desembocó en que sus organizaciones sociales se agrupen y consoliden un frente social y político que a finales del siglo pasado pelearon porque sus derechos como colectivos humanos sean respetados e interpuestos en las leyes del Estado ecuatoriano, uno de los primeros antecedentes fue en la promulgación de la Constitución de 1998, pues se interpuso varios de los institutos jurídicos indígenas y se propuso la protección irrestricta a sus derechos.

También en la consolidación de una nueva Constituyente en 2008 se tomó muy en cuenta los derechos de las comunidades indígenas, sumando más instrumentos de protección jurídica de los ya interpuestos en la Carta fundamental de 1998, uno de esos instrumentos fue la fijación de una consulta previa a las comunidades sobre asuntos que relacionen a su convivir diario como son los proyectos de explotación de recursos naturales.

En base a este instrumento se pretendió proteger a las comunidades indígenas de abusos presentados en el pasado por las empresas internacionales que venían a explotar recursos no renovables en nuestro país, sin embargo existe anomalías en la redacción de estas garantías constitucionales por lo que es necesario su análisis más afondo.

Por lo tanto la contextualización meso de esta investigación se centrara en analizar la Constitución de la República del Ecuador que regula de alguna forma esta novedosa institución denominada comúnmente como consulta previa, con la finalidad de llegar a ver en qué parte de la norma se encuentra la problemática y proponer una solución al respecto.

1.2.3 Contextualización Micro

Si bien la promulgación de la Ley de Gestión Ambiental se dio en el Registro Oficial N° 245 de 30 de Julio de 1999 en nuestro país, ya se establecieron en sus Arts. 28 y 29 mecanismos de participación social tendientes a proteger el ambiente de abusos contra los derechos de los ciudadanos en relación con la gestión ambiental, para ello también en el Registro Oficial N° 80 de 19 de octubre de 2006 se expidió el Reglamento

para la Aplicación del Art. 28 de la Ley de Gestión Ambiental, sobre la Participación Ciudadana y la Consulta Previa.

Esto quiere decir que antes del establecimiento del nuevo modelo constitucional ya existían mecanismos tendientes a proteger al ambiente y a las comunidades humanas, de los abusos presentados por algunas empresas de explotación de recursos naturales, sin embargo en este nuevo modelo dado en la Constitución de 2008 se propuso llevarlo a nivel constitucional, teniendo como objetivo que la consulta previa se presente como un instrumento jurídico efectivo de garantías para el ambiente y las comunidades indígenas.

A pesar de la buena voluntad que esto representaba, se llega a determinar que más bien la interposición de estos nuevos derechos en la Constitución tuvo un efecto inverso, pues la consulta previa si bien es obligatoria no resulta vinculante para el Estado, pudiendo este tomar la última decisión sobre la explotación de recursos naturales. En este sentido el trabajo va a analizar lo que la Ley de Gestión Ambiental y el Reglamento al Art 28 dice sobre la consulta previa, con el fin de visualizar su problemática y proponer una solución.

1.2.4 Ubicación del problema en un contexto socio cultural

Tanto los derechos de los pueblos indígenas cuanto los instrumentos legales que protegen al medio ambiente, son nuevos dentro del espectro de estudio del derecho a nivel nacional e internacional, la consolidación de un sistema de protección de derechos indígenas se ha dado en los últimos años, principalmente con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en cambio en lo que tiene que ver sobre protección del medio ambiente en el ámbito internacional del derecho, todavía se encuentra en debate y con grandes discusiones.

En nuestro país los dos ámbitos están siendo consolidados de apoco, sobre todo debido al surgimiento de iniciativas de cambio a partir de una nueva Carta Magna que fue elaborada en base a los lineamientos neo constitucionales de la época, en donde se otorgan derechos a los ciudadanos y se encomienda al Estado como su más alto deber el

velar por cumplirlos y hacerlos cumplir, de esta forma el surgimiento de garantías hacia los derechos de los pueblos indígenas y tomar a la naturaleza como otro sujeto más de derechos, es un verdadero avance hacia una organización estatal más justa y que reinventa nuevos parámetros de ordenamiento jurídico en su sistema.

Sin embargo estos avances que se han mostrado en los últimos años sobre la base de protección a las comunidades indígenas, merece de un análisis para que en su aplicación se consoliden, uno de estos mecanismos de garantía es la consulta previa a las comunas sobre asuntos que versen de su atribución, el cual muestra en la misma redacción de la Constitución una total disconformidad con la protección del derecho, ya que si bien la consulta es obligatoria, el resultado de esta no es vinculante para el Estado quien tiene la última palabra para entrar a explotar recursos naturales que se encuentren dentro de una comuna indígena.

Si analizamos la problemática presentada en la redacción misma del Art. 398 de la actual Constitución del Ecuador desde un ámbito socio cultural, se identifica que puede afectar significativamente a la nueva organización social que se está gestando en nuestro país, pues el sector indígena y principalmente las comunidades comenzaran a desconfiar de estos nuevos instrumentos de protección de derechos, observándolos como herramientas injustificadas que solo buscan aparentar una verdadera participación social de los indígenas, pero que a la vuelta de la esquina pisotea sus opiniones y decisiones tomadas en base a una legislación que proclama derechos que nunca pone en práctica.

Además esto puede desencadenar en problemas aún mayores, pues la falta de efectividad de garantías hacia un derecho acarrea una inseguridad jurídica por parte de los administrados del Estado que raya en una falta de Estado de derechos, socialmente este perjuicio nos afecta a todos al frenar el desarrollo de la participación indígena, es por eso que debemos cambiar esa cultura del incumplimiento que ha formado parte de nuestra conducta desde hace mucho tiempo.

1.2.5 Delimitación del problema

El problema que está causando la redacción de los Arts. 57 y 398 de la Constitución en lo que a la consulta previa como derecho de los pueblos indígenas se refiere, es un ámbito bastante amplio de estudio, en el que se advierten varias aristas de análisis, pues entran en relación aspectos jurídicos de derechos humanos y de protección al medio ambiente.

Sin embargo y en virtud de la gran extensión con la que cuenta este análisis, es prácticamente imposible realizar esta investigación en todas sus connotaciones, razón por la cual nos limitamos a realizarla específicamente en el ámbito constitucional, en donde se encuentra la problemática antes evidenciada, además que se la realizará en el año 2014.

1.2.6 Formulación del Problema

¿Es efectivamente la consulta previa un mecanismo de protección de los derechos constitucionales del medio ambiente o es tan solo un requisito de obligatorio cumplimiento para el Estado establecido en los Arts. 57 y 398 de la Constitución de la República en concordancia con el Art. 28 de la Ley de Gestión Ambiental para evitar demandas internacionales?

1.2.7 Evaluación del problema

El nuevo sistema constitucional que se encuentra vigente en nuestro país, ha propiciado una serie de nuevas formas e instrumentos que garantizan nuevos derechos a personas y grupo de individuos que antes no se avalaban, derechos como los consagrados a los pueblos y nacionalidades indígenas y los otorgados a la naturaleza, son muestra fidedigna de este nuevo orden jurídico en Ecuador.

Desde esta perspectiva, este estudio nos ayudara a identificar estos nuevos derechos e instrumentos jurídicos, tomando en cuenta que son novedosos los conocimientos sobre los procesos de consultas previas a las comunidades indígenas que se

han dado en nuestro país, que por alguna razón motivaron la discusión abierta en varios espacios de la sociedad y que aún quedan por ser analizados de una forma que adviertan sus peligros y problemáticas con el afán de proponer soluciones integrales que satisfagan principalmente a los movimientos indígenas y a las entidades Estatales representantes de la sociedad ecuatoriana.

En este sentido si con la implementación de estos nuevos instrumentos de protección a derechos de la naturaleza y de las comunidades indígenas se logró significativos avances, no es posible que se permita que una anomalía en la redacción de los artículos constituyentes afecte nuevamente a la confianza de pueblos que por años fueron relegados y afectados en sus derechos.

De ahí que la evaluación del problema radica en que se puede dar otras anomalías por parte del Estado, al ser la última entidad en resolver sobre un proyecto de explotación de recursos naturales cerca de poblaciones indígenas, por ejemplo puede darse abusos de parte del Estado para con estas comunidades o negociados entre empresas que tienen interés en explotar recursos en nuestro país con funcionarios del estado que al no estar obligados a acatar lo que una comunidad indígena dice en su consulta quedaría a su conveniencia este asunto.

Así también por tratarse de un estudio jurídico que involucra a normas tan complejas como la Constitución o la Ley de Gestión Ambiental el estudio realizado en este trabajo tiene el objetivo de sustentarse en las opiniones y trabajos realizados por otros tratadistas que han realizado trabajos al respecto del tema, y sustentarlos basándose en un estudio de campo para fortalecer aún más la hipótesis lanzada, para que al final de la tesis se proponga una solución integral al problema.

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo General

Demostrar la necesidad urgente de corregir las contradicciones constitucionales que generan vacíos jurídicos en la consulta previa, por no otorgarle el efecto vinculante de sus resultados frente al Estado que la convierte en un mero requisito.

1.3.2 Objetivos Específicos

- Identificar las causas por las cuales la naturaleza se encuentra en desprotección frente al Estado que utiliza la consulta previa como mecanismo de defensa contra demandas internacionales.
- Analizar la estructuración de una reforma constitucional respecto de la consulta previa en la cual se le incorpore el efecto vinculante que proteja al medio ambiente.
- Estudiar y exponer a profundidad desde la doctrina jurídica las consecuencias de la no implementación del efecto vinculante de la consulta previa con el fin de proteger el medio ambiente
- Determinar los daños ambientales que se han producido gracias a la vulneración de los derechos constitucionales de la naturaleza y de las comunidades consultadas.

1.4 Justificación

El efecto vinculante de la consulta previa en cuanto a decisiones sobre el medio ambiente, es percibido por muchos Estados y empresas como un peligro para sus intereses, en el sentido de que puede paralizarse proyectos tanto del Estado como de corporaciones que se aprovechan de los recursos naturales y del medio ambiente,

provocándoles grandes pérdidas económicas que se pretendían obtener sobre la base de la vulneración de los derechos de la naturaleza y de los pueblos ecuatorianos.

Actualmente el derecho de participación ciudadana supuestamente se cumple a cabalidad con la realización de la consulta previa, sin embargo los mecanismos utilizados para su ejecución dejan en entredicho su legitimidad, por cuanto no garantiza que los resultados sean exigibles por desprenderse de un derecho sino que está condicionada a ser tomada en cuenta siempre y cuando sea técnica y económicamente viable para el Estado.

En este sentido si la consulta previa finalmente esta subsumida a la decisión del Estado, porque invertir recursos en su realización cuando se sabe que sea cual sea el resultado no será tomado en cuenta, más la respuesta a esta interrogante revestida de lógica es que el Estado se cubre las espaldas para no ser demandado internacionalmente por la violación de los derechos constitucionales tanto de la naturaleza como de los pueblos del Ecuador.

Esta es realmente la razón por la cual los legisladores de Montecristi al elaborar la Constitución vigente y como parte en su gran mayoría del movimiento político que propicio la creación de la nueva norma suprema, pretendieron proteger al Estado de más demandas internacionales, puesto que con anterioridad ya existían procesos que le costó el pago de millonarias indemnizaciones, pero en su afán proteccionista no advirtieron que estas disposiciones se contraponen a otras que contiene el mismo cuerpo normativo, es decir los derechos colectivos y los de la naturaleza, por lo tanto se debe corregir este evidente error mediante una reforma constitucional.

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes Investigativos

En materia de derechos de los pueblos indígenas un primer antecedente es el Convenio N° 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1957 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo OIT, que constituyó un primer intento de codificar las obligaciones internacionales de los Estados en relación con los pueblos indígenas y tribales, por tanto fue el primer convenio internacional en el asunto y la OIT lo adoptó en 1957 a solicitud del sistema de la ONU, según un estudio realizado por el tratadista Jorge Alberto González Galván en la que se conceptualiza a los convenios de la OIT en relación con los pueblos indígenas, dice sobre el convenio 107:

“El Convenio número 107 es un instrumento amplio sobre el desarrollo, que cubre una variada gama de temas, como los derechos a las tierras; contratación y condiciones laborales; formación profesional, artesanías e industrias rurales; seguridad social y salud; y educación y medios de comunicación. En particular, las disposiciones del Convenio número 107 en materia de tierras, territorios y recursos proporcionan una amplia cobertura y son similares a las del Convenio número 169”. (González Galván, 2002, pág. 5)

Luego de ello, el Convenio fue revisado durante 1988 - 1989, y en 1989 se adoptó el Convenio número 169 de la OIT. Hay que recalcar que dentro del Convenio 107 la figura de la consulta previa no tuvo un inicio, pues la orientación que este instrumento se basaba en un enfoque integracionista con el pensamiento de que los pueblos indígenas y tribales desaparecerían como sociedades con la modernización.

Una vez investigadas las sociedades y comunidades indígenas en todo el planeta se conviene en elaborar un nuevo instrumento el cual es conocido como el Convenio 169 de la OIT. En relación con el derecho de consulta previa, este nuevo convenio en su Art. 15 numeral 2 textualmente dice:

“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”
(Organización Internacional del Trabajo, 2005, pág. 30)

En nuestro país los antecedentes sobre la consulta previa se encuentran en la Ley de Gestión Ambiental y en su Reglamento para la aplicación del Art. 28 de la mencionada Ley, también podemos decir que disposiciones ambientales que regulan las operaciones hidrocarburíferas también son parte de los antecedentes de legislación de protección a las comunidades indígenas, pues están contenidas principalmente en el Reglamento Sustitutivo del Reglamento de Protección Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1215, publicado en el Registro Oficial No. 265 de 13 de febrero de 2001.

Finalmente el tema de análisis en este trabajo sobre la desprotección que sufre el medio ambiente frente a los efectos no vinculantes para el Estado de la consulta previa, también tiene una evolución constante pues como advertimos en el primer tratado internacional denominado Convenio 107 no tuvo gran acogida, sin embargo desde el establecimiento del Convenio 169 de la OIT, y con el advenimiento de la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, esta figura comenzó a tener una gran importancia en concomitancia con la protección del medio ambiente que de igual manera en los últimos años con la adopción de convenciones internacionales como la de Rio de Janeiro han ido sustentando estas nuevas formas de protección y garantía de derechos indígenas y medio ambientales.

2.2 Fundamentación Doctrinaria

Como un primer paso para configurar un trabajo estructurado y comprensible se comenzará el análisis doctrinario de la problemática encontrada, pues se trata de fundamentar con conceptos claros lo que el derecho de consulta previa significa, tomando en cuenta tratados y estudios que se han elaborado sobre la base del análisis de esta figura en su continuo debate y discusión en los ámbitos del derecho constitucional, ambiental y derechos humanos.

Por ello es importante rescatar las opiniones y análisis otorgados por especialistas de este tema pues al ser un tema controvertido es meritorio anotar estos sentires, además que al establecer conceptos claros sobre los diferentes elementos y fenómenos que se encuentran en relación permanente dentro de la consulta previa prevenimos al lector de posibles confusiones.

En ese sentido en esta parte del trabajo se analiza cada uno de los conceptos, principalmente los que se relacionan directamente con el tema, así propondremos un primer estudio del medio ambiente y su significado, lo que son los derechos fundamentales, además una observación de la Constitución como norma suprema, el concepto del derecho de consulta previa, la obligación del Estado de cumplir y hacer cumplir los derechos y el efecto vinculante de la consulta previa, es decir en pocas palabras se revisaran las generalidades y los conceptos de cada uno de estos temas.

Todos estos estudios en base de fundamentaciones doctrinarias que en el pasado tratadistas han otorgado, nos llevarán a comprender de mejor forma donde se encuentra la problemática y con ello no llevar confusiones que distorsionen de alguna forma la propuesta de solución que se dará en la parte final del trabajo de tesis.

2.2.1 Generalidades y conceptos

2.2.2 Medio Ambiente

En forma general el medio ambiente es todo lo que nos rodea, sin embargo esta premisa es muy simple si queremos entender al medio ambiente y la naturaleza como una entidad que mediante las leyes pasa a ser parte de sujeto de derechos, en un estudio realizado por la tratadista francesa Jacques Vernier, titulado “*El medio ambiente*” se anota el siguiente concepto:

“El Medio Ambiente es un sistema formado por elementos naturales y artificiales que están interrelacionados y que son modificados por la acción humana. Se trata del entorno que condiciona la forma de vida de la sociedad y que incluye valores naturales, sociales y culturales que existen en un lugar y momento determinado”.
(Vernier, 1998, pág. 45)

Según este concepto todos los seres vivos, el suelo, el agua, el aire y los objetos físicos fabricados por el hombre y los elementos simbólicos como las tradiciones componen el medio ambiente, el cual tiene como característica fundamental ser considerado como un sistema por la variedad de elementos que lo componen y por su interacción.

Otro concepto de medio ambiente que de igual forma expresa lo complejo que es definir a esta clase de término, por su amplitud de componentes que lo integran, es el otorgado por el Dr. Julio Ponce Montes de León en un análisis realizado por la Universidad Pontificia de Comillas, en la cual deja manifestado que:

“Cuando se habla de medio ambiente es conveniente empezar por definir lo que se entiende por este término. Es la mejor manera de evitar digresiones inútiles. Se podría definir el Medio Ambiente como todo el espacio físico que nos rodea y con el cual el hombre puede interaccionar en sus actividades” (Montes Ponce de León, 2001, pág. 14)

De esto se desprende que el concepto de medio ambiente también tiene correlación con otras conceptualizaciones que valen la pena analizarlos antes de entrar en materia sobre sus derechos, así temas como el ecosistema, la ecología y la conservación, también son elementos que se estudia a la par del significado del medio ambiente.

Si tomamos en cuenta que el medio ambiente incluye factores físicos como el clima y la geología, biológicos como la población humana, la flora, la fauna, el agua y socioeconómicos como la actividad laboral, la urbanización y los conflictos sociales, nace un firme razonamiento que concluye en que el medio ambiente es un sistema vivo y complejo, de ahí que los científicos y los expertos en las ciencias naturales recogen el término ecosistema. Según el tratado elaborado por la Comisión Mexicana para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad:

“Se conoce como ecosistema al conjunto formado por todos los factores bióticos de un área y los factores abióticos del medio ambiente; en otras palabras, es una comunidad de seres vivos con los procesos vitales interrelacionados. El significado del concepto de ecosistema ha evolucionado desde su origen. El término acuñado en los años 1930s, se adscribe a los botánicos ingleses Roy Clapham (1904-1990) y Sir Arthur Tansley (1871-1955). En un principio se aplicó a unidades de diversas escalas espaciales, desde un pedazo de tronco degradado, un charco, una región o la biosfera entera del planeta, siempre y cuando en ellas pudieran existir organismos, ambiente físico e interacciones”. (Comisión Mexicana para el conocimiento y uso de la biodiversidad, 2010, pág. 33)

Esto quiere decir que el medio ambiente está formado por varios ecosistemas que interactúan entre ellos y forman en su conjunto general lo que se denomina como medio ambiente, en cuanto al concepto de ecología, se puede afirmar que es otra noción vinculada al medio ambiente porque se trata de la disciplina que estudia *“la relación entre los seres vivos y su entorno, cuya subsistencia puede garantizarse a través de un comportamiento ecológico, que respete y proteja los recursos naturales”*. (Landázuri & Jijón, 1988, pág. 85)

Finalmente se llega a acuñar la definición de conservación del medio ambiente a consecuencia de que el ser humano hace lo posible por atentar contra su propia especie y contra las demás, a través de diversas acciones que afectan a cada uno de los elementos

que componen el medio ambiente. Comenzando por el suelo y el agua, los residuos inorgánicos arrojados en la naturaleza constituyen una auténtica bomba de tiempo: a menos que alguien los recoja, llegará el día en que se interpongan entre los animales y el suelo.

De ahí que la conservación del medio ambiente es la primera premisa que encaja dentro de los derechos ambientales, pues a causa de los abusos de la especie humana el mismo hombre ha adoptado diferentes sistemas de protección y conservación, este diríamos es el primer paso para que en la actualidad se hayan propuesto los derechos a la naturaleza y la legislación ambiental en nuestro país.

Finalmente se debe concluir que el medio ambiente representa para el ser humano el entorno mismo donde se desarrolla como especie; por lo que, los edificios, los monumentos, los bancos de las plazas, los puentes y todo aquello que el ser humano construye, también forma parte de su medio ambiente, a pesar de ello también dentro de este contexto existen abusos por parte de individuos que atentan contra estos objetos, por lo tanto al igual que el derecho ambiental vela por la conservación del medio ambiente en estado natural, la legislación ordinaria consistente en varios cuerpos legales como ordenanzas o leyes especial tienden a proteger los patrimonios contruidos por el hombre.

Tanta es la amplitud de normas que protegen al medio ambiente que en el mismo derecho ambiental se encuentra una variedad de aristas para su análisis, sin embargo al tratar nuestro trabajo sobre la consulta previa, debemos enfocarnos en analizar este campo desde la perspectiva constitucional, pues es donde se han visualizado las anomalías legales, de ahí que pasemos a analizar los conceptos de norma fundamental y a la estudiar a la Constitución como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico.

2.2.3 Derechos fundamentales

Luego de las dos guerras mundiales el ser humano manifestó la necesidad de elaborar un ordenamiento jurídico internacional que tuviere como objetivo desarrollar mecanismos legislativos de protección a los derechos de todo humano, esta clase de

derecho se los conoce con el nombre de derechos fundamentales, se encuentran establecidos en la Carta de Derechos Humanos y en la Declaración de las naciones Unidas.

Esta clase de garantías llevadas a la aplicación internacional mediante la interacción de los dos instrumentos internacionales repercutió en cada una de las naciones que propusieron en asamblea general de países estos derechos, por lo que cada Constitución de los Estados modernos recogen estos principios fundamentales para el convivir pacífico de todos los individuos.

En el caso de nuestro país la Constitución elaborada en Montecristi también recoge estas declaraciones de derechos, para el tratadista José García Falconí la Constitución de la República del Ecuador vigente, en el Título Segundo trata sobre los derechos fundamentales que los enumera así:

“1.- Los derechos del buen vivir, que comprenden los de: agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social (Arts. 12 al 34);

2.- Los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, que comprenden los de: adultas y adultos mayores, jóvenes, movilidad humana, mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de la libertad y personas usuarias y consumidoras (Arts. 35 al 55); y,

3.- Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, que comprenden: los derechos de participación, los derechos de libertad, los derechos de la naturaleza, los derechos de protección y las responsabilidades, debiendo anotar que la Constitución de la República vigente reconoce que los Derechos de la Naturaleza o Pachamama se los contempla, porque en la Madre Naturaleza se reproduce y realiza la vida, por eso cuenta con derechos y hoy es sujeto y no objeto de los mismos (Arts. 56 al 83)”. (García Falconí, José, 2012)

Esto quiere decir que la nueva constitución trae inmersos nuevos postulados si la comparamos con la anterior Carta Fundamental, uno de estos nuevos temas es el inherente a los Derechos del Buen Vivir, identificados y descritos en estricto orden alfabético, encontramos en primer lugar a los nuevos derechos al agua y a la alimentación; luego el derecho al ambiente sano, que también lo podemos encontrar entre los derechos de libertad, reforzando su sobre dimensión de derecho individual y colectivo; el derecho a la comunicación e información; el derecho a la cultura y la ciencia; el derecho a la educación; al hábitat y vivienda; el derecho a la Salud; y finalmente el derecho al trabajo y seguridad social.

Entre los Derechos de las Personas y Grupos de Atención Prioritaria, tenemos a los derechos de las personas adultas y adultos mayores, los jóvenes, derechos de movilidad humana, mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de libertad, personas usuarias y consumidoras. Si bien la Constitución del 98 señala como grupos de atención prioritaria a los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, para personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas, las de la tercera edad y las víctimas de violencia doméstica o desastres naturales; ya en los artículos encontramos desarrollados solo los derechos de los niños y adolescentes, los que las personas con discapacidad y tercera edad en un artículo cada uno, y nada sobre mujeres embarazadas, víctimas de violencia o enfermedades catastróficas.

El capítulo de los Derechos de las Comunidades, Pueblo y Nacionalidades, mantiene y amplía los derechos colectivos de los pueblos indígenas que ya constaban en la Constitución del 98; desarrolla un concepto más amplio de derechos colectivos para el pueblo afro ecuatoriano e incorpora como sujeto de derechos, en los que sea aplicable, al pueblo montubio. El artículo 56 incluye como titulares de los derechos de los pueblos a las comunidades, al pueblo montubio y a las comunas.

Todo este conjunto de derechos son los que dentro de nuestro ordenamiento constitucional se los reconoce como derechos fundamentales de los ciudadanos, sin embargo también dentro de la Carta Fundamental ecuatoriana se han introducido otros derechos que si bien no tienen el mismo nivel de los ya descritos, para el tratadista Galo

Stalín Blacio Aguirre en su trabajo denominado: *“Texto comentado a la Constitución de la República del Ecuador también forman parte de los derechos que el Estado garantiza para con sus administrados los siguientes:*

1. *Derechos de Participación*
 2. *Derechos de Libertad*
 3. *Derechos de la Naturaleza*
 4. *Derechos de Protección*
- (Blacio Aguirre, 2012, pág. 133)*

De ahí que los Derechos de Participación, que reemplazan a los conocidos como derechos políticos, consagran los derechos a: elegir y ser elegido, participar en los asuntos públicos, presentar proyectos de iniciativa popular normativa, ser consultados, fiscalizar los actores del poder público, recovar el mandato de todos los cargos de elección popular, desempeñar cargos públicos, conformar partidos y movimientos políticos; las reglas para el ejercicio del derecho al voto; la representación paritaria de mujeres y hombres de forma alternada y secuencial. Las novedades son el derecho al voto para los extranjeros, el voto facultativo para las personas entre 16 y 18 años, para las personas ecuatorianas que viven en el exterior y para los integrantes de las fuerzas armadas y policía nacional.

Los Derechos de Libertad por su parte, entes conocidos como derechos civiles anteriormente, reconocen y garantizan la inviolabilidad de la vida, el derecho a una vida digna, la integridad personal, la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de opinión y expresión del pensamiento, el derecho a la rectificación de afirmaciones inexactas en los medios de comunicación, la libertad de conciencia y de religión, el derecho a tomar decisiones libres sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva, la reserva sobre sus convicciones, la objeción de conciencia, el derecho a asociarse en forma libre y voluntaria, a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, la libertad de iniciativa económica, libertad de trabajo.

El derecho al honor y al buen nombre, a la protección de datos de carácter personal, a la intimidad personal y familiar; a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia, a la inviolabilidad de domicilio, el derecho a dirigir quejas y peticiones, a participar en la vida cultural de la comunidad, a disponer de bienes y servicios de calidad, a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental, a vivir en un ambiente sano y el derecho a la identidad. Entre los Derechos de Libertad también se incluyen los artículos referentes a los distintos tipos de familias, la definición de matrimonio, de unión de hecho y las normas de protección de los derechos de los integrantes de la familia.

Los Derechos de la Naturaleza, que son toda una novedad en el constitucionalismo de nuestro país, desarrollan los derechos que tendrá la naturaleza en el territorio ecuatoriano, estos son: respecto integral a su existencia, al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura y procesos evolutivos; derechos a su restauración y a la aplicación de medidas de precaución y restricción de actividades que puedan conducir a la destrucción de ecosistemas o alterar permanentemente sus ciclos naturales.

Por último en los Derechos de Protección se incluyen las normas del debido proceso, divididas en dos artículos, el 76 que contiene las normas garantías generales de todo proceso y las relativas al proceso penal en el artículo 77. El principal cambio respecto de la Constitución del 98 está en el artículo 76, que da inicio al capítulo octavo de los derechos de protección: *“toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia”*. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 103 Art.76)

Para complementar el esquema garantista que presenta la nueva Constitución, en la parte orgánica se establece un sistema de inclusión y equidad social, como el mecanismo institucional para efectivizar los derechos; entre las garantías de los principales derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades se incluyen el desarrollo de su identidad, no ser objeto de racismo, el reconocimiento de reparación por daños ocasionados por actos de racismo, la conservación de la propiedad imprescriptible de sus territorios así como su adjudicación gratuita, participar de los usufructos de los recursos de sus territorios y la consulta previa sobre planes de prospección o explotación de recursos que se encuentren en sus tierras, entre los más importantes.

Esto quiere decir que la consulta previa, forma parte de las muchas garantías fundamentales específicas que obligarán constitucionalmente a la sociedad al cumplimiento de los derechos, a la vigencia de un Estado Constitucional de derechos y justicia, que tiene como primer deber la garantía del goce efectivo de los derechos de todos los habitantes del Ecuador y en especial de sectores como el indígena.

2.2.4 La Constitución como norma suprema

En el contexto de la vida cotidiana cuando oímos hablar de constitución, la mayoría de personas pensamos en algo físico, una complexión, recia o débil, sin embargo en el ámbito jurídico el término Constitución obedece a esta parte del derecho donde se encuentran integrados los derechos fundamentales y la forma de organización que tiene un Estado contemporáneo.

Entrando en el análisis de esta entidad que en la actualidad tiene una connotación de supremacía con las demás normas que forma un sistema legal en cada país, debemos remitirnos a la historia para advertir de donde viene esa característica de superioridad, es así que en el estudio elaborado por el tratadista español Ignacio de Otto sobre la supremacía constitucional, se deja entrever que el antecedente de ello se encuentra en:

“En la edad media se aludía a la faceta política de la sociedad con los términos ‘cuerpo político’, compuesto por órganos y miembros como la cabeza (que podían ser dos, según los partidarios de la bicefalia: papa y rey) y los brazos (se puede recordar gráficamente la portada del Leviathan de Hobbes del siglo xvii, en la que se representa el pacto por el que se crea el estado por la comunidad política como un conjunto de personas que forman el cuerpo completado por una cabeza con corona y unas manos que sostienen la espada y el báculo). Y ese cuerpo creado por el pacto daba lugar al estado, que tenía una complexión, una constitución que mantenía con vida ese cuerpo con mejor o peor suerte hasta su muerte (el estado, es así “ese dios mortal”, Leviathan, capítulo xviii), como todo ser vivo. Y esa constitución que caracterizaba al cuerpo político se encontraba transcrita en un papel, unas tablas de piedra (una cosa) de propiedades taumatúrgicas, pues parecía que con la existencia de la misma se solventaban o se producían las enfermedades que aquejaban a la comunidad.” (De Otto, 2008, pág. 24)

Es decir que la característica de superioridad que tienen todas las Constituciones de los países del planeta se da desde sus inicios mismos y sufre a lo largo de la historia un constante evolución hasta llegar a nuestros tiempos, en el mismo estudio del experto constitucionalista Español se deja anotado la importancia de la revolución del pensamiento moderno llevada a cabo por Descartes que *“abre paso a la idea de que este instrumento tiene un funcionamiento en la vida del cuerpo político de una sociedad, además que en estos mecanismos debían ser instruidos los gobernantes para mantener la vida del cuerpo político, como ya había anticipado Maquiavelo en El príncipe”*. (De Otto, 2008, pág. 25)

Según la evolución del pensamiento y la complejidad de las sociedades iban avanzando, la idea de una Constitución como instrumento que viabilice la gobernabilidad de una nación se hacía más visibles sobretudo en la revolución francesa, donde la burguesía vio como un instrumento de coacción social el planteamiento de normas, haciendo de la constitución un instrumento jurídico común a gobernados y gobernantes, *“Este va a ser el gran descubrimiento del constitucionalismo contemporáneo, la constitución como norma, por el que se va a luchar durante doscientos años.”* (De Otto, 2008, pág. 27)

En la actualidad tomando en cuenta la teoría elaborada por el célebre jurista, político y filósofo Hans Kelsen y para fundamentar un poco más los principios de constitucionalidad y su supremacía para con las otras normas, es imperativo hacer alusión a la famosa pirámide jurídica de la cual se deriva el fundamento de validez del resto de normas que se encuentran por debajo de ella, pues Hans Kelsen, trató al sistema de normas jerarquizadas como una pirámide de varios pisos tomando en consideración los siguientes parámetros:

a) La relación existente entre la norma que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación, siendo estas figuras del lenguaje de índole espacial.

b) La norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera.

c) La unidad de éstas hállase constituida, por el hecho de que la creación de una norma –la de grado más bajo- se encuentra determinada por otra -de grado superior-.

d) Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regreso termina en la norma de grado más alta, la norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. (Monroy Cabra, 2007, pág. 160)

En nuestro país también tomamos estos mismos parámetros para construir una estructura jerárquica de leyes, la cual la adaptamos a nuestro medio en donde en vez de que la Constitución se encuentre en la cúspide, es la base de la pirámide de la cual se derivan el resto de normas quedando de la siguiente manera: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. Una vez examinado esto podemos concluir que la supremacía de la Constitución en palabras del Ab. Aníbal Fabián Bermeo Guangua es:

“un principio teórico del Derecho Constitucional que postula, originalmente ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente por encima de todas las demás normas jurídicas, internas y externas, que puedan llegar, a regir sobre ese país. Esto incluiría a los tratados internacionales ratificados por el país y cuyo ámbito de aplicación pueda ser también sobre las relaciones jurídicas internas”. (Bermeo Guangua, 2010, pág. 5)

Esto queda ratificado en el mismo texto de la Carta Fundamental, específicamente en los Arts. 424 y 425 de la Constitución de la República, que consagra expresamente el principio de supremacía, que establece la superioridad jerárquica de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico interno, es decir que en nuestro país el texto Constitucional tienen el carácter de norma suprema, de manera que prevalece sobre cualquier otra Ley que fuese posterior y contraria a ella, jerarquía constitucional.

2.2.5 El derecho de Consulta previa

Una vez analizados los conceptos y caracteres que tiene el medio ambiente, los derechos fundamentales, y la Constitución como norma de supremacía legal, abordemos ahora si el concepto de consulta previa y sus distintas connotaciones en la actual problemática de nuestro país, de ahí que como todo derecho este aparece de la necesidad de salvaguardar a ciudadanos u individuos que se ven indefensos ante la actuación de otros sectores, en palabras de la activista por los derechos indígenas Verónica Yuquilema Yupangui, el problema que originó la puesta en marcha de mecanismos de protección a los pueblos indígenas y al medio ambiente fue que:

“Desde la década de los 60 en el Ecuador, las empresas multinacionales extractivas se han acumulado en la Amazonía de nuestro país, con la finalidad de explotar los recursos naturales existentes. Con esto, los gobiernos de turno apostaban a erradicar la “pobreza” no sólo de la zona en la que se llevaría la extracción, sino de todo el Ecuador, sin embargo la utopía occidental del “desarrollo” hasta la fecha no ha dado más que contaminación y muerte tanto de la Pachamama como de las nacionalidades y pueblos indígenas”. (Yupangui Yuquilema, 2012)

Debido a esta problemática nuestro ordenamiento jurídico nacional comenzó a preocuparse y a desarrollar instrumentos jurídicos que tiendan a proteger a los pueblos indígenas y al medio ambiente de los abusos de empresas transnacionales que lejos de realizar una labor apegada a las buenas costumbres de los pueblos aborígenes los llenó de contaminación y pobreza.

Uno de estos mecanismos de protección que fue acogido desde el ámbito del derecho internacional fue la Consulta previa, para los tratadistas colombianos César Rodríguez Garavito, Meghan Morris, Natalia Orduz Salinas y Paula Buriticá, en su obra *“La consulta previa a pueblos indígenas”* a esta figura se la puede definir como:

“La Consulta Previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus

territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación”. (Rodríguez Garavito, Morris, Orduz Salina, & Buriticá, 2010, pág. 40)

Esto quiere decir que la consulta previa es considerada como un derecho fundamental, de esto se desprende la importancia del análisis que se realizó anteriormente en este mismo trabajo investigativo sobre los derechos fundamentales y su relación con la Constitución de la República, además otra connotación que tiene este instituto legal es que se debe diferenciar que existe dos tipos de consulta la primera es la que se realiza cuando se toma una medida administrativa o legal por parte del Estado que involucre a los indígenas como movimiento humano colectivo, y la segunda es la que se da previo a un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales dentro del territorio perteneciente a una comunidad indígena, algo que también está garantizado no solo por la Constitución de nuestro país, sino también por el ordenamiento internacional de derechos humanos.

Otro estudio realizado acerca de los elementos y características de la consulta previa es el realizado por el Ministerio de Cultura de la República del Perú, que deja anotado una definición de lo que ellos consideran acerca de esta figura jurídica, en consecuencia este análisis conceptualiza lo siguiente:

“Es el derecho colectivo de los pueblos indígenas a ser consultados por el Estado cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente sus derechos colectivos. Su implementación tiene la finalidad de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y establecer mecanismos de diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas para lograr acuerdos respecto a la aprobación de medidas susceptibles de afectar directamente sus derechos colectivos”. (Ministerio de Cultura de la República del Perú, 2012)

Es así que para esta entidad Estatal Peruana es importante el crear espacios de diálogos entre los involucrados en una consulta, pues reconocen a esta clase de derecho como colectivos, es importante destacar que en este concepto no se habla sobre la consulta previo a un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales en

territorios indígenas, sin embargo como lo advertimos esto también es considerado como participación indígena.

Lo destacable en la cita es lo denominado derechos colectivos, pues si tomamos en cuenta que la consulta previa a más de ser considerada como un derecho fundamental para las comunidades indígenas, también tiene otras características como ser un derecho de participación y colectivo, nos encontramos al borde de otro análisis más amplio sobre estas connotaciones, al respecto un estudio realizado por la fundación Konrad Adenauer, dirigida por la Dra. Patricia Carrión que trata sobre la consulta previa como un derecho de participación y derecho colectivo nos dice:

Desde los albores del nacimiento de las sociedades modernas, la participación en lo público de la población era una necesidad, que se derivaba de la idea de ejercer una ciudadanía activa y consolidar una democracia constitucional, lo cual, a decir de Aguilera y López, permite desarrollar una cultura política susceptible de ser compartida por todos los ciudadanos. (Carrión, 2012, pág. 22)

Es decir que desde la antigüedad los humanos siempre hemos querido formar parte de las decisiones que se toman a diario en temas de gobernabilidad, por ello a partir del arribo del Estado ecuatoriano como constitucional de derechos y de justicia, se abrió un espacio para la construcción de nuevos paradigmas en la creación de las normas jurídicas y el entendimiento de las relaciones sociales.

De ahí que en palabras del tratadista Aparicio Wilhelmi se establece que:

“el derecho de participación implica la posibilidad que tienen las personas, comunidades, comunas, pueblos, nacionalidades y colectivos de participar en la formulación, ejecución, evaluación, y control, de las políticas públicas; pues, los colectivos sociales son la razón de ser del Estado, y no el objeto de regulación” (Aparicio Wilhelmi, 2008, pág. 32)

De esto se puede establecer que la consulta previa es un derecho que guarda muchas características como el ser fundamental, o ser de participación colectiva, o ser

netamente un derecho otorgado a las comunas indígenas, sin embargo para la aplicación de este derecho se tiene que emplear todo un proceso o pasos mínimos.

De ahí que en un estudio publicado en la revista latinoamericana el Chasqui realizado por CIESPAL, el tratadista ecuatoriano Dr. Floresmilo Simbaña enuncia que un proceso de consulta debe cumplir con características que apliquen efectivamente este derecho en concordancia con lo que la legislación internacional predice:

“Los pasos mínimos a seguir para el proceso de consulta previa son: la socialización, el debate y la toma de decisión libre y autónoma. Es decir, que el sujeto consultado deberá tener el tiempo suficiente para procesar la información y, lo fundamental, tener la libertad y la autonomía para tomar la decisión. Lo segundo, y esta es la parte más controversial, la que ha generado y genera interpretaciones jurídicas totalmente opuestas, y ha sido motivo de los enfrentamientos políticos más álgidos entre el actual gobierno de Rafael Correa y el movimiento indígena; mientras las organizaciones indígenas sostienen que la consulta previa es jurídicamente vinculante; la finalidad de la consulta previa es conseguir un acuerdo o su consentimiento, es decir, la aceptación o no de la realización del proyecto o política pública o de la creación de una nueva norma jurídica que afecte a los consultados. Sin embargo, para el gobierno es todo lo contrario: la Consulta es una referencia, un indicativo, contrario: la Consulta es una referencia, un indicativo, pero la decisión la tiene el Estado”. (Checa Montúfar, 2012, pág. 8)

Esto quiere decir que si bien en los enunciados de la legislación internacional la consulta previa esta manifestada de forma clara, dentro de nuestra legislación interna se ha producido una problemática, pues según el Dr. Simbaña existe una divergencia entre el gobierno y los dirigentes indígenas sobre si la consulta previa es vinculante o no en la toma final de decisiones o simplemente es un solemnidad que el Estado puede pasar por alto.

En conclusión la consulta previa es un derechos novedoso que tienen las comunidades indígenas para protegerse de los abusos de empresas y administraciones

estatales que no tienen en cuenta lo valiosos de su existencia en un determinado territorio, si bien existen controversias sobre su aplicación el sentido y esencia mismas de esta figura está dada para proteger a las comunas indígenas, por lo que otra posición al contrario no sería posible, sin embargo sigamos analizando las demás aristas de esta figura jurídica para vislumbrar en que parte se encuentra la razón de las discusiones.

2.2.6 La obligación del Estado de cumplir y hacer cumplir los derechos

Si tomamos en cuenta que como primera premisa dentro de una organización estatal esta su deber de protección a los ciudadanos brindando servicios básicos y que por ende debe ser democrática y basarse en normas constitucionales, donde ejerza la ley con soberanía dentro de su territorio nacional, tendremos un primer principio que encaja perfecto con lo que vamos a desarrollar en este acápite.

Esencialmente un Estado es una organización social compleja se caracteriza por tener una ordenación jurídica y política, además constituye el régimen de asociación más amplio y complejo. En términos del tratadista José Luís Cea Egaña el estado es:

“El Poder organizado de la sociedad nacional, de la cual no puede ser sino el reflejo y a cuyo servicio ha de encontrarse. En relación con el hombre individualmente o asociado, en consecuencia, imperativo es comprender que no hay derechos subjetivos del Estado, sino competencias, atribuciones y facultades conferidas a sus órganos por el ordenamiento constitucional aprobado por el pueblo soberano. Dichos órganos, en otras palabras, están habilitados para provocar, o encauzar el cambio social pero por determinación de la sociedad y sujeto al control de la misma, según los métodos jurídicamente preestablecidos por ella”. (Cea Egaña, 1983, pág. 10)

Este decir del Dr. Cea encaja perfectamente en la explicación que se pretende dar sobre lo que le es permitido al Estado y su deber de cumplir y hacer cumplir los derechos consagrados por una sociedad, teniendo en cuenta que no son derechos del Estado sino competencias y atribuciones que la ciudadanía le otorga con el fin de que pueda organizar de mejor manera al grupo humano.

En el mismo orden de ideas hay que tener muy en claro que los derechos son de cada uno de los ciudadanos parte de la sociedad, es decir pertenecen a la persona con respecto a sus semejantes y frente al Estado; por ende, estas garantías jamás pertenecen al Estado como tal.

Profundizando en el análisis de las obligaciones que el Estado ecuatoriano tiene para con sus ciudadanos, ineludiblemente se debe entrara a estudiar la Constitución de la República, pues cabe preguntarnos si las garantías constitucionales de los derechos fundamentales así como los deberes del Estado son una realidad puesta al servicio de los ciudadanos o es una mera expectativa de principios escritos sobre el papel pero que no se cumplen a cabalidad.

De ahí que en primer lugar, el Art. 1 de la Constitución vigente señala: *“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano”, (Constitución de la República del Ecuador, 2008)*, esto significa que dentro del nuevo Estado de derecho ecuatoriano existe un nuevo concepto, que teóricamente supone una renovación conceptual y doctrinaria, pues se asegura a este país como un: *“Estado constitucional de derechos y justicia”*, bajo esta premisa se enmarca todo el que hacer legal ecuatoriano, pues equivaldría a una aproximación máxima a la que se ha llegado en la materialización del ideal jurídico de la civilización contemporánea.

En consecuencia, cualquier acción que vaya en detrimento de dicho valor será contraria a Derecho, al igual que lo será cualquier tipo de omisión en la garantía de un bien jurídico que estaba obligado a proteger. También dentro del art. 3 de la carta Fundamenta se enumeran los deberes primordiales del Estado ecuatoriano, de ahí que los numerales 1, 5 y 8 guardan una relación íntima con el tema abordado en la tesis pues garantizan:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir.

8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Es decir que el Estado de nuestro país primordialmente tiene como obligación en relación con las comunidades indígenas y con el bienestar de la naturaleza y el medio ambiente garantizar la alimentación, educación, salud; pero por sobre todo el acceso al agua, a la redistribución de los recursos naturales promoviendo el desarrollo sustentable, la cultura de paz y la seguridad integral de todos los ciudadanos.

Además, cualquier omisión a estas garantías constitucionales de los derechos fundamentales deberá estar sujeta a una sanción y condena. La responsabilidad del Estado radica en el contrato social, donde libremente los hombres se asocian y entre todos se dan una ley a la que se someten, de tal manera que no entreguen ni su libertad ni su igualdad sino a sí mismos. Para el tratadista Luigi Ferrajoli la idea del contrato social se define como:

“Una metáfora de la democracia: de la democracia política, dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar, por primera vez en la historia, una legitimación del poder político desde abajo; pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y a la vez como causa precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia.” (Ferrajoli, 2004, pág. 53)

Desde ese ámbito nuestro país también toma en cuenta estos postulados que entrega la doctrina jurídica y el parlamentario lo ha instituido dentro de la Constitución de la República, específicamente en el Art. 84 que se encuentra en el Título III sobre Garantías Constitucionales manifiesta:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Por ello el Estado como institución que nace de un pacto social entre sus integrantes otorga derechos, pero a cambio obliga que los administrados cumplan de igual forma con deberes, al igual que las obligaciones del Estado los deberes de los ciudadanos se encuentran prescritos en la Carta Fundamental de nuestro país, específicamente en el Art. 83 se enumeran 17 deberes que los ciudadanos tienen para con su organización estatal, resumiéndolos constan compromisos que van desde el acatar todas las leyes, pagar los impuestos y finalizando con el proteger la naturaleza y medio ambiente.

Como advertimos dentro de nuestra Constitución de la República se establece una gama de estatutos e instituciones legales que van más allá de percibirse como meros principios tanto los deberes de la administración social como de los ciudadanos se presentan como premisas que rayan en derechos y leyes que obligan al individuo a un comportamiento adecuado dentro de la sociedad a la que se pertenece, el célebre tratadista Hans Kelsen describe este fenómeno en los siguientes términos:

“Las Constituciones ya no son sólo reguladoras de la creación de las leyes, sino también de su contenido material, engloban normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación, y además, fijan derechos fundamentales que se convierten en principios, direcciones y límites para el contenido de las leyes futuras. De esta manera, al proclamar en la Constitución derechos como la igualdad, la libertad y la propiedad, dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino además, que no podrán contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la propiedad”. (Kelsen, 1995, pág. 147)

Sin embargo, que sucede cuando dentro de la misma norma suprema se admira que existe una controversia contra estos principios y que contradice incluso la legislación internacional, ese es el caso de la problemática descrita en este trabajo, pues si bien el ordenamiento legal internacional proclama el ámbito vinculante de la consulta previa dentro de las comunidades indígenas, la misma Constitución de la Republica no lo establece de esa manera.

Debido a ese error que se encuentra en la actual Constitución de la Republica, pareciera que la única forma en que el Estado puede garantizar los derechos a las comunidades indígenas se encuentra en las acciones descritas en la legislación internacional; que a su vez se basa en el ordenamiento fundamental de Derechos Humanos, los mecanismos con los que el problema puede ser subsanado pueden ir desde la enmienda constitucional hasta una demanda ante la corte constitucional para que se pronuncie al respecto de la controversia, el fin es garantizar los derechos fundamentales y su protección es de competencia de los distintos órganos del Estado, no sólo de los administrativos, sino también de los legislativos y jurisdiccionales.

En conclusión resulta paradójico que se apruebe una Constitución que si bien muestra grandes avances en la protección las comunidades indígenas y al medio ambiente, no haya tomado en cuenta esta importante declaración de derechos que tiene su base en las organizaciones internacionales faltando al principio jurídico de *summum ius summa iniuria* que significa que “una ley mientras sea injusta no puede pretenderse que sea ley”. Por ello hemos de esperar a que esta realidad cambie. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

2.2.7 El efecto vinculante de la consulta previa

Uno de los aspectos más polémicos de la consulta previa son sus consecuencias, es decir el efecto que tiene para las partes y para la viabilidad de la medida administrativa o legislativa, o para la realización de un proyecto económico que de explotación de recursos naturales dentro de los territorios indígenas. Las posiciones en el debate oscilan en dos vertientes, por un lado las comunidades y representantes del movimiento indígena afirman

que los efectos de la consulta previa son vinculantes para las decisiones estatales, por el otro lado los representantes del gobierno afirman lo contrario, es decir que el consultar a los pueblos y nacionalidades indígenas es solo un requisito, al final el Estado es el que motivadamente debe tener la última decisión.

De ahí que en un análisis realizado en Colombia por los tratadistas César Rodríguez Garavito, Meghan Morris, Natalia Orduz Salinas y Paula Buriticá, pertenecientes a la Universidad de los Andes, muestra en sus palabras este problema y lo define de la siguiente forma:

“Por lo general, los Estados han abogado por un entendimiento limitado del efecto de la consulta previa, en el cual el deber de consultar se agota en la realización de un diálogo con las comunidades, cuyo resultado no vincula al Estado. Varias formas de esta manera de entender la consulta han sido establecidas en los pronunciamientos de derecho internacional, entre ellos el Convenio 169, que en general establece estándares que se diferencian por el tipo de proyecto o medida consultada. El artículo 6° del convenio establece que las consultas deben tener la finalidad de lograr un acuerdo o el consentimiento acerca de las propuestas.”
(Rodríguez Garavito, Morris, Orduz Salina, & Buriticá, 2010, pág. 81)

Esto quiere decir que para tener realmente un juicio equilibrado de valores acerca de las dos posturas en conflicto se debe ir necesariamente a estudiar los convenios y tratados internacionales que dieron nacimiento a esta clase de derechos, desde esa perspectiva hemos visto lo que el art. 6 del convenio 169 de la OIT dice al respecto en la cita que hemos propuesto. Por su parte, el artículo 7° del mismo convenio establece que *“los estudios que los Estados deben realizar con los pueblos interesados para evaluar su impacto social, espiritual y cultural deben servir como criterios fundamentales en la ejecución de las actividades de desarrollo”*. (Organización Internacional del Trabajo, 2005)

Por otro lado los programas de prospección y explotación de recursos, están regulados igualmente en los acuerdos internacionales, en el mismo convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en el Art. 15 se contempla que: *“los gobiernos deben estudiar cómo los proyectos afectan o perjudican los intereses de los pueblos indígenas”*. (Organización Internacional del Trabajo, 2005)

Estos artículos han sido interpretados, tanto por los Estados como por la propia OIT, como una negación del derecho a vetar los proyectos y medidas consultadas, puesto que no exigen el consentimiento libre, previo e informado, sino un adecuado estudio con la participación de los pueblos de los impactos que pueda tener la actividad, con el fin de mitigarlos en lo posible y lograr un acuerdo entre las partes. Así mismo en la Guía de Aplicación del Convenio 169, la OIT afirma que las disposiciones del convenio no implican que las comunidades tengan poder de veto sobre las políticas de desarrollo, por el contrario sostiene que:

“ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo”, y luego aclara que el artículo 7° exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones, lo cual significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo”. (Rodríguez Garavito, Morris, Orduz Salina, & Buriticá, 2010, pág. 83)

Esto quiere decir que los Estados tienen el deber de permitir a las comunidades participar en el proceso de toma de decisiones sobre políticas que puedan afectar su desarrollo económico, social o cultural, pero no tienen el deber de adoptar las opiniones de las comunidades respecto a este tipo de políticas. Sin embargo si analizamos a fondo el Convenio 169 y su interpretación, encontramos que no existe un derecho al consentimiento dentro de la consulta previa, es decir no establecen un estándar claro sobre las consecuencias de la ausencia de consentimiento de las comunidades indígenas.

“Mientras su artículo 6° sostiene que las consultas deben llevarse a cabo con la finalidad de llegar a un acuerdo, el artículo 15 afirma que las consultas sobre proyectos de explotación tienen el fin de determinar si los pueblos serían perjudicados, y en qué medida, y el artículo 7° manifiesta que los resultados son criterios fundamentales para la ejecución de actividades de desarrollo”. (Rodríguez Garavito, Morris, Orduz Salina, & Buriticá, 2010, pág. 85)

Dada esta ambigüedad, en la normativa internacional es evidente que dentro de nuestra Constitución de la Republica también se de este tipo de irregularidades, por ello las consecuencias que tienen las diferentes posturas sobre el problema, tanto por parte de los dirigentes indígenas, como por los Estados y los pueblos y comunidades indígenas involucrados, el efecto que debe tener la consulta sigue siendo uno de los asuntos más polémicos en las discusiones jurídicas y políticas sobre esta cuestión. Por ello es necesario adentrarnos a analizar el sentido mismo de la legislación, es decir encontrar la esencia misma de la ley, su finalidad y objeto para la cual fue creada, solo entonces podremos proponer en base a ello una reestructuración dentro de la polémica.

2.3 Fundamentación Legal

Como advertimos la polémica está instalada debido a la ambigüedad que se extrae de la redacción de la norma que regula esta clase de derechos, por ende la fundamentación legal de este trabajo investigativo se encuentra en el derecho que tienen los pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, sumando a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

De ahí que si tomamos por ejemplo como sustento de este estudio la Sentencia SU-039 de 1997 dada por la Corte Constitucional de Colombia, que señaló los parámetros para la realización de las consultas previas con los grupos étnicos de ese país y los aportes para la protección y garantía de los derechos de las comunidades, encontraremos una de las aristas de análisis en la cual fundamentarnos para examinar detenidamente la problemática señalada por la falta de efecto vinculante que tiene la consulta previa para el Estado ecuatoriano.

Por lo tanto en esta parte del trabajo se expondrán como la base jurídica de la Consulta Previa a los tres instrumentos: la Constitución del Ecuador, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas, además se propone el estudio de jurisprudencia internacional sobre el tema, el

Reglamento de aplicación de la consulta previa en la Ley de gestión Ambiental y la naturaleza jurídica de la figura de consulta previa.

Si tenemos en cuenta que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo es la base en la cual nace esta figura jurídica de la consulta previa tendremos desde ese tiempo a este, varios conceptos jurídicos que dan pie a lo que reconoce la Constitución ecuatoriana y la misma Declaratoria de las Naciones Unidas. Por lo tanto empezamos analizando la naturaleza jurídica de esta representación garantista.

2.3.1 Naturaleza jurídica de la figura de consulta previa

Con el fin de buscar una solución a la controversia encontrada en la figura de la Consulta previa, en este apartado se hará un análisis respecto a la contraposición existente entre el poder que tiene el Estado para la administración y control de los recursos no renovables y la consulta previa, libre e informada a los pueblos y nacionalidades indígenas como derecho constitucional, tomando como base para esto encontrar la naturaleza jurídica de esta figura jurídica.

Como advertimos el problema radica en la ambigüedad existente en la redacción de las normativas internacionales y en la misma Constitución del Ecuador sobre el efecto vinculante de la consulta para la toma de decisiones del Estado, por ello como una alternativa para solucionar esta controversia es necesario primero hacer un análisis de las raíces mismas de la figura jurídica y luego realizar una ponderación sobre la supremacía de los derechos humanos prevista dentro de la Carta Fundamental.

Si tomamos en cuenta el trabajo de la tratadista ecuatoriana Patricia Carrión realizado para la fundación Konrad Adenauer Stiftung, tendremos como referencia que el derecho de consulta previa, libre e informada, está intrínsecamente relacionado con el consentimiento previo, libre e informado que tiene todo ciudadano para con su organización estatal, especialmente en los casos específicos señalados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, es necesario que se establezca una diferencia entre la consulta y el consentimiento. La consulta en su naturaleza jurídica misma implica, por un lado, un límite al actuar del Estado y, por otro lado, permite el diálogo con los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas.

En el estudio realizado por la Dra. Carrión especialista en este tema se señala que la Defensoría del Pueblo del Ecuador, analizó este tema desde el punto de vista de la evolución del derecho internacional y señala que, el derecho de consulta involucra dos elementos fundamentales:

1. La consulta previa, libre e informada, entendida como límite del poder público, contiene una obligación negativa del Estado de abstenerse de violentar los derechos humanos de los pueblos indígenas reconocidos, tanto en la Constitución, como en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

2. Este instrumento implica que el proceso de diálogo, entre el Estado y los pueblos y nacionalidades indígenas, permita la incorporación de las opiniones y visiones de estos colectivos, en la adopción de las decisiones estatales (Defensoría del Pueblo, 2011, pág. 18)

Analizando estos elementos fundamentales que desarrolla la Defensoría del Pueblo, y tomando como referencia el contenido esencial y alcance de la consulta, se denota que existe un solo sentir en la naturaleza básica de esta figura jurídica, la cual radica en ser un instrumento que en primer lugar está hecho para proteger a las comunidades indígenas de posibles abusos presentados por el Estado o por las empresas transnacionales que se dedican a la explotación de recursos naturales.

En segundo lugar la consulta previa también está entendida desde su esencia básica como un instrumento que fomenta el dialogo entre las comunidades y las organizaciones Estatales, esto quiere decir que esta herramienta se presenta como un puente de dialogo entre estos dos sectores con el fin de garantizar derechos a las comunidades y desarrollar canales de agilización para el desarrollo económico de un Estado.

De ahí que la naturaleza jurídica se plasma en los instrumentos internacionales pues guardan consonancia con lo establecido tanto en el Convenio 169 de la OIT, como en la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, lo que hay que notar es que a pesar de la ambigüedad que pueda existir en la escritura de la Ley, a la hora de proponer a la consulta previa como vinculante para el Estado, la naturaleza jurídica de esta figura no es esta, sino es un instrumento que tiende a conjugar a las partes que se encuentren inmiscuidas en una decisión jurídica o en un proyecto de explotación de recursos económicos, para que juntas decidan sobre estas cuestiones.

La tratadista mexicano José Emilio Ordóñez Cifuentes en su trabajo titulado: Análisis Interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT: IX Jornadas Lascasianas, añade un comentario que fundamenta aún más lo analizado hasta aquí pues afirma que:

“El Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, establecen que el propósito de la consulta es lograr el consentimiento previo, libre e informado. Sin embargo, el Convenio 169 de la OIT, además del consentimiento, prevé como propósito de la consulta el alcanzar acuerdos. Esta última idea es sumamente importante, pues facilita la toma de decisiones por parte del Estado, en tanto se establece la posibilidad de llegar a acuerdos entre éste y las comunidades o pueblos indígenas que pueden ser afectados, con excepción de los temas en los cuales, de acuerdo a la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, es indispensable el consentimiento previo”. (Ordoñez Cifuentes, 2000, pág. 29)

Es decir que llegar a acuerdos es un tema clave ya que no solo facilita el ejercicio del poder estatal y la legitimización de las medidas adoptadas por el Estado, sino que, además, se podrían evitar conflictos socio ambientales que limitan el ejercicio de los derechos humanos e impiden la ejecución de las políticas públicas y adecuado funcionamiento del aparato estatal, si se toma de esta forma a la consulta previa no se entraría en debates inútiles que solo persiguen tomar a esta figura jurídica como estandarte para conflictos políticos.

A tan altos niveles han llegado las polémicas que para algunos sectores sociales del Ecuador, la consulta previa supone aparentemente un privilegio para los pueblos y

comunidades indígenas; sin embargo, si tomamos en cuenta lo señalado por la Defensoría del Pueblo del Ecuador que dice:

Históricamente los pueblos indígenas han sido objeto de exclusión, discriminación y explotación, y que, por lo mismo, el reconocimiento de los derechos colectivos, entre ellos el de la consulta previa, libre e informada, significa un requisito indispensable para el ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos, el mantenimiento de su cultura e identidad. (Defensoría del Pueblo, 2011, pág. 19)

Tendremos más claro la fundamentación en la que se basaron los especialistas del derecho humano internacional para promover este tipo de instrumentos jurídicos, además concomitantemente con esto es lo expresado por el Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, en relación con el derecho de consulta previa, libre e informada, que dice:

“() la elaboración de estos principios en los instrumentos y jurisprudencia internacionales responde a una historia en que se ha negado repetidamente a los pueblos indígenas la participación en la toma de decisiones que les han afectado profundamente, muchas veces en detrimento de sus derechos humanos fundamentales y en ocasiones hasta de su propia supervivencia como pueblos. Los principios de consulta y consentimiento intentan revertir esta pauta histórica, para evitar en el futuro la imposición a los pueblos indígenas de nuevas condiciones de vida, de manera consonante con el derecho a la libre determinación” (Anaya, 2008, pág. 34)

De esto se entiende que el derecho de consulta previa significa para los pueblos indígenas un proceso que debe llevarse a cabo frente a toda medida administrativa o normativa susceptible de afectar directamente sus derechos colectivos o territorios, en función de la potestad administrativa y normativa prevista en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por ello debemos entender por medidas legislativas, todas las normas a nivel nacional, regional y local, emitidas por la autoridad estatal competente, en relación a todo proceso de elaboración o reforma de la Constitución, leyes, ordenanzas y reglamentos.

Mientras que las medidas administrativas, se refieren a las políticas públicas, planes, programas y proyectos de la administración pública, con lo cual incluyen, entre otras medidas, los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de los recursos no renovables, que puedan afectar directamente a los derechos e intereses colectivos.

Ambas partes de la consulta previa forman un solo conjunto de derechos colectivos que tanto la legislación internacional como la Constitución de la República las garantizan, finalmente ha sido importante analizar la naturaleza de la figura jurídica de la consulta previa porque con ello hemos tenido en frente el espíritu mismo de la norma y la finalidad para la cual fue creada, esto podremos tener en cuenta a la hora de visualizar donde se encuentran las ambigüedades o contradicciones en la Constitución y en los instrumentos legales internacionales.

2.3.2 La consulta previa en la Constitución

Si partimos de la premisa que la Constitución de la República del Ecuador, es el fundamento y la norma jurídica que sustenta la existencia del Estado y de su gobierno, y que además está por sobre cualquier otra norma jurídica, llegaremos a la conclusión que la Carta Fundamental dentro de nuestro país proporciona el marco para la organización del Estado ecuatoriano, y para la buena relación entre el gobierno y la ciudadanía.

El tratadista ecuatoriano Juan Pineda Medina en un estudio realizado en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales en Ecuador, deja entrever la importancia de la interposición de figuras como la consulta previa en la redacción de la Constitución, pues manifiesta:

“El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, es por ello que, por primera vez en la historia del país, se realiza la Consulta Previa en los territorios de las nacionalidades indígenas de la Amazonía, en especial en las provincias de Morona Santiago, Pastaza, Napo y Orellana, en donde están situados 21 bloques hidrocarbúricos, de los cuales 13 se licitarán en la Ronda Suroriente Ecuador”. (Pineda Medina, 2011, pág. 66)

Desde el análisis de este autor la consulta previa se da en respuesta a los derechos consagrados en tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano, que garantizan la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones en los proyectos de gran magnitud, que a futuro será de beneficio para toda la colectividad, pero que una u otra forma causan impactos en el convivir diario de las personas del área o zonas de influencia.

En concomitancia con ello la propia Constitución de la República del Ecuador en su Art. 56 numeral 7 prevé que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas sean consultados de forma previa, libre e informada, entendiéndose por estas tres características que debe ser antes de la realización del proyecto de ley o del proyecto de explotación de recursos naturales sin presiones a las comunidades y realizada con datos veraces, textualmente vemos lo que dice la Carta Fundamental:

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

De la cita se desprende que en el mismo artículo, específicamente en la última parte señala “Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Al mencionar que si la comunidad consultada se niega a dar su consentimiento, se procederá conforme a la Constitución, se refiere a que dentro de la misma Carta Fundamental se señala, que el Estado es el único competente para decidir, entre otras cosas las áreas naturales protegidas y los recursos naturales los recursos energéticos, minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales.

En ese mismo sentido, también el Art. 313 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que el Estado es el único con derechos de: “*administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos (...)*”, (*Constitución de la República del Ecuador, 2008*)

Es decir que la Constitución del 2008, si bien es garantista y recoge una serie de derechos favorables a los pueblos y nacionalidades indígenas así como también garantías a favor de la naturaleza, también contiene una serie de incongruencias como lo mencionado anteriormente, dejando de lado los derechos consagrados a los pueblos indígenas y a la naturaleza, en varios articulados de la Constitución, se otorga al Estado la potestad única de decidir sobre la extracción o no de los recursos no renovables. Si analizamos asimismo el Art. 398 de la Carta Fundamental sobre la consulta previa ambiental dice:

Art. 398.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

De esto se sustenta además que en la Constitución no se prevé que esa consulta sea vinculante y tenga efectos respecto a la realización o no de una actividad extractiva dentro de los territorios indígenas, de ahí que este es el problema y la base de la polémica. Este panorama contradictorio, entre los derechos de los pueblos indígenas y las potestades del Estado es la razón por la cual nos encontramos analizando la doctrina y la jurisprudencia internacional y nacional, además hay que tomar en cuenta no solo a la norma sino también la existencia sociocultural que existe entre la visión occidental e indígena respecto a los recursos naturales y al desarrollo sustentable, por ello se hace necesario también un análisis teórico científico sobre estas dos concepciones que más adelante las vamos a desarrollar.

2.3.3 Reglamento de aplicación de la consulta previa en la Ley de gestión Ambiental

La consulta previa como instituto jurídico es nuevo dentro del ordenamiento legal ecuatoriano producto que también dentro del derecho internacional es una novedosa figura de garantía de derechos para las comunidades indígenas, de igual forma desde el ámbito del derecho ambiental la consulta previa se denota como un instituto que recientemente ha tomado una connotación de estudio importante, sobre todo por los continuos debates y posiciones discutidas que ha tenido en los últimos años.

En ese ámbito nuestro país al tener esa evocación de ser mega diverso y además tener una gran cantidad de población indígena necesito también entrar a estudiar esta clase de nuevos derechos e irlos implantando en su ordenamiento jurídico, uno de los primeros ejemplos de esto fue la creación de una Ley de Gestión Ambiental en 1999 que cumplía con los mandatos dados en la Constitución de 1998, en la cual se reflejaban la preocupación del Estado y el compromiso de entrar a regular los abusos por parte de la sociedad para con la naturaleza y el medio ambiente.

Así lo deja explícito el Art. 2 de este cuerpo legal que dice: *“Art. 2.- La gestión ambiental se sujeta a los principios de solidaridad, corresponsabilidad, cooperación, coordinación, reciclaje y reutilización de desechos, utilización de tecnologías alternativas ambientalmente sustentables y respecto a las culturas y prácticas tradicionales.” (Ley de Gestión Ambiental, 1999).* En vista a ello

también se crea un sistema de protección al medio ambiente en concordancia con lo estipulado con el Art. 5 de la Ley de Gestión ambiental que dice:

“Art. 5.- Se establece el Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental como un mecanismo de coordinación transectorial, interacción y cooperación entre los distintos ámbitos, sistemas y subsistemas de manejo ambiental y de gestión de recursos naturales. En el sistema participará la sociedad civil de conformidad con esta Ley.” (Ley de Gestión Ambiental, 1999)

Con respecto a la figura jurídica que estamos analizando, esta novedosa Ley fue uno de los tantos antecedentes en nuestro ordenamiento legal, pues a la par de crear un sistema de protección para el medio ambiente, esta norma esbozaba lo que en la actualidad lo conocemos como consulta previa, ya que en su Art. 28 y 29 proponía la participación directa de la sociedad cuando se trate asuntos de gestión ambiental:

“Art. 28.- Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal por denuncias o acusaciones temerarias o maliciosas.”

“Art. 29.- Toda persona natural o jurídica tiene derecho a ser informada oportuna y suficientemente sobre cualquier actividad de las instituciones del Estado que conforme al Reglamento de esta Ley, pueda producir impactos ambientales. Para ello podrá formular peticiones y deducir acciones de carácter individual o colectivo ante las autoridades competentes.” (Ley de Gestión Ambiental, 1999)

En base a estos mandatos legales el ejecutivo con el fin de aplicar de forma efectiva estos nuevos mandatos creo un reglamento, que específicamente lo denominó: Reglamento al Art. 28 de la Ley de gestión Ambiental sobre la Participación Ciudadana y Consulta Previa, el cual fue inscrito en el registro oficial con numero: 380 del 19 de Octubre del 2006.

Este cuerpo normativo se basaba en los postulados de la Ley de Gestión Ambiental para promover de forma clara y concisa el procedimiento para que se llevara a cabo una consulta, sin embargo con el advenimiento de una nueva Constitución en 2008 y con la estructuración de un nuevo ordenamiento jurídico, el Ejecutivo en 2008 crea mediante decreto Ejecutivo No. 1040, publicado en el Registro Oficial No. 332 de 8 de mayo del 2008, el Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental.

Este nuevo compendio legal tenía por igual objetivo contribuir a garantizar el respeto al derecho colectivo de todo habitante a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, además entendía por participación social al derecho que tiene por objeto el conocimiento, la integración y la iniciativa de la ciudadanía para fortalecer la aplicación de un proceso de evaluación de impacto ambiental y disminuir sus márgenes de riesgo e impacto ambiental.

También dentro del Art. 9 de este Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental se establece el alcance de la participación social conceptualizándolo de la siguiente manera:

“Art. 9.- ALCANCE DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL: La participación social es un elemento transversal y trascendental de la gestión ambiental. En consecuencia, se integrará principalmente durante las fases de toda actividad o proyecto propuesto, especialmente las relacionadas con la revisión y evaluación de impacto ambiental.

La participación social en la gestión ambiental tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios y las observaciones de la ciudadanía, especialmente la población directamente afectada de una obra o proyecto, sobre las variables ambientales relevantes de los estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental, siempre y cuando sea técnica y económicamente viable, para que las actividades o proyectos que puedan causar impactos ambientales se desarrollen de manera adecuada, minimizando y/o compensando estos impactos a fin de mejorar la condiciones ambientales para la realización de la actividad o proyecto propuesto en todas sus fases.” (Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, 2008)

Esto quiere decir que la participación social debe ser basada en una información a proporcionarse a la comunidad del área de influencia en función de las características socio-culturales, a su vez esta consulta deberá responder a criterios tales como: lenguaje sencillo y didáctico, información completa y veraz, en lengua nativa de ser el caso; y procurará un alto nivel de participación, este es el sentido mismo de esta figura jurídica.

Por otro lado también es importante entrara a analizar el Reglamento para la Ejecución de la Consulta Previa Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos que fue creado mediante decreto Ejecutivo No. 1247 y publicado en el Registro Oficial No. 759 de 2 de agosto de 2012, en la cual también se avizora regulaciones en torno a la Consulta previa. Por ejemplo en el mismo Art. 1 en el cual e muestra el Objeto del Reglamento se dice:

“Art. 1.- Objeto.- El presente instrumento tiene por objeto reglamentar el proceso de consulta previa que llevará a cabo la Secretaría de Hidrocarburos mediante la determinación de mecanismos de participación; identificación de los actores que intervendrán; de los procedimientos administrativos; de los beneficios sociales que podrán recibir las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultadas y las demás condiciones que permitan brindar legitimidad, seguridad y certeza jurídica a los procesos tendientes al aprovechamiento de los recursos hidrocarburíferos del país.” (Reglamento para la Ejecución de la Consulta Previa Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos, 2012)

Algo que llama la atención en este cuerpo legal es lo dispuesto en el Art. 17, sobre los criterios vertidos de la consulta previa, pues se establece que deben ser técnicos, económicamente viables y legalmente procedentes, además que serán considerados en la toma de decisiones de los planes y programas e incorporados en los instrumentos correspondientes.

De ahí que también en el Art. 22 del Reglamento para la Consulta previa en proyectos Hidrocarburíferos, se enuncia la formalización y registro de acuerdos y consensos, este instituto legal proscrib que al final del proceso de consulta previa al,

podrán quedar establecidos formalmente acuerdos y consensos a los que han llegado los sujetos del proceso. Es decir que según el Art. 23:

“Los acuerdos y consensos que pudieran provenir del proceso de consulta, se sujetarán a los objetivos, políticas y metas del Plan Nacional del Buen Vivir, agenda sectorial de desarrollo social, planes de desarrollo local, políticas públicas de compensación e indemnización, y a la normativa aplicable e incluirán lineamientos generales y ejes de intervención prioritarios dirigidos al desarrollo sostenible de las comunidades del área de influencia del bloque.” (Reglamento para la Ejecución de la Consulta Previa Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos, 2012)

De la cita se puede concluir que dentro del ordenamiento interno del Ecuador se ha tomado también medidas regulatorias para que la Consulta previa se la efectúe de manera efectiva, sin embargo los reglamentos y leyes ambientales no son tampoco claros a la hora de resolver la controversia sobre el efecto vinculante de la consulta previa para las decisiones Estatales, por lo que a continuación adentrémonos en el estudio de los instrumentos jurídicos internacionales que son la cuna misma de este tipo de derechos.

2.3.4 Tratados internacionales que declararon el derecho de consulta previa

La consulta Previa como figura jurídica que tiende a proteger derechos de las comunidades indígenas se sustenta principalmente en dos Instrumentos Jurídicos internacionales el primero que dio nacimiento a este derecho es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y el segundo es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que trata sobre Pueblos Indígenas y Tribales, fue aprobado en 1989 y ratificado por Ecuador en 1998, el eje principal del Convenio 169 es la consulta y participación de los pueblos indígenas, y sobre ello, se basan todas las disposiciones. En términos generales este Convenio exige que los Estados pongan en práctica procesos de consulta en cualquier disposición

administrativa o legislativa que pueda afectar sus formas de vida. Según el Art. 6 de este Instrumento Jurídico Internacional obliga a todos los Estados a:

“Art. 6.- numeral 1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; (...)” (Organización Internacional del Trabajo, 2005)

A su vez el mismo artículo del Convenio 169 de la organización Internacional del Trabajo en su numeral segundo habla sobre el consentimiento y la procuración de llegar a acuerdos entre las comunidades y el Estado antes de entrar en marcha un proyecto de explotación de recursos naturales o un proyecto legislativo que concierna a la vida de las comunidades indígenas, pues prescribe: *“Art. 6.-numeral 2.- Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.” (Organización Internacional del Trabajo, 2005)*

Para dejar zanjado la posición que este Instrumento Jurídico Internacional tiene en torno a la controversia que nace del efecto vinculante de la Consulta previa para el estado ecuatoriano, revisemos lo que claramente dice el Art. 15 del Convenio 169 de la OIT en sus dos numerales:

“Art. 15.-numeral 1.- Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.”

“Art.15.-numeral 2.- En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades” (Organización Internacional del Trabajo, 2005)

En la primera parte de este artículo se hace mención sobre los derechos de participación de las comunidades indígenas, pero en la segunda parte es donde se deja entrever el objeto mismo de la consulta previa y como fue concebida por este instrumento legal, llegando a concluir que el Estado está obligado a organizar consultas previo a proyectos legislativos o de explotación de recursos naturales que pueda de alguna manera afectar al convivir de las comunas indígenas.

No habla de si será vinculante o no para el Estado los resultados de la consulta, pero si analizamos la esencia misma de la norma nos encontraremos que la consulta se da para que las comunidades tengan oportunidad de decidir sobre asuntos que afectaran su diario convivir, por ende es lógico que esta manifestación debe ser acatada por el Estado, o por lo menos tenerla en cuenta a la hora de llegar a acuerdos y convenios de consentimiento.

Otro instrumento internacional que promueve y garantiza los derechos de los pueblos indígenas, es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas que fue adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007 durante la sesión 61 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Nuestro país la adopto el mismo día que fue elaborada en la sesión de la ONU. Este instrumento legal al ser un tratado de Derechos Humanos, tiene rango constitucional y es de obligatorio cumplimiento por parte de todos los sectores del Estado. Sus disposiciones son exigibles ante tribunales nacionales e internacionales. De esa forma algo el art. 19 es explícito en manifestar:

“Art. 19.- Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas para obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten.” (Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007)

De igual forma otro artículo dentro de este instrumento legal elaborado por la ONU que se refiere al proceso de Consulta Previa es el Art. 32, en el cual de alguna forma se deja establecido lo mismo que en el artículo 19, pero enfatiza en su última parte que la Consulta debe ser realizada previamente a la aprobación de un proyecto de explotación de recursos naturales:

“Art. 32.-numeral 2.- Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de sus recursos minerales, hídricos o de otro tipo.” (Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007)

Si admiramos las dos citas se diferencian la una de la otra porque en la primera se habla sobre la Consulta pre legislativo o pre administrativa, mientras que en el Art. 32 de la Declaración de la ONU sobre derechos indígenas se denota un ámbito de protección ambiental.

También el debate se ha instaurado en este instrumento jurídico internacional, pues los Estados al tomar a la Consulta Previa como no vinculante para sus definitivas decisiones sobre aspectos de interés para la colectividad indígena, indudablemente que se violenta el principio constitucional de la titularidad y el de no discriminación, pues se pretende desconocer la calidad de inalienables, imprescriptibles, indivisibles y de igual jerarquía que tienen los derechos fundamentales.

Retomemos el estudio realizado sobre las garantías constitucionales y relacionémoslos con los derechos fundamentales descritos en el Art. 19 y 32 de la Declaración de la ONU sobre derechos indígenas, sin duda que es lógico la violación a las garantías y derechos fundamentales pues la doctrina menciona que no es posible que existan obligaciones por parte de un Estado sólo a determinadas categorías de derechos, puesto que la sana lógica indica que deben existir obligaciones comunes a todos los derechos fundamentales y humanos.

Y si este instrumento legal internacional elaborado por la ONU obliga a los Estados a realizar una consulta a los pueblos para que se manifiesten sobre casos que incumben a su convivir, y el Estado lo realiza pero no lo considera como algo relevante para la decisión final, estamos hablando meramente de un trámite y no de un proceso que tiende a proteger derechos fundamentales.

Es por eso que los cuatro niveles de obligaciones estatales correlativas a los derechos fundamentales y humanos son: respetar, proteger, garantizar y promover. También, los tratados internacionales de Derechos Humanos, determinan dos obligaciones generales para proteger los derechos: respetar y garantizar. El Art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) señala:

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

*Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.
Igualmente, el Art. 2 de la Convención antes citada menciona: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto De San José), 1969)*

Es decir que en el Ecuador no se está cumpliendo con las convenciones y tratados internacionales sobre Derechos Humanos, puesto que en la actualidad la Consulta previa no es vinculante para la decisión del Estado sobre proyectos de explotación de recursos naturales, además que en vez de tender mediante la consulta un puente de dialogo y acuerdos se ha hecho lo contrario.

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, al advertir la esencia misma de la creación de la Consulta previa como instituto jurídico de protección, admiramos que jamás se tuvo en cuenta estas nociones legales de ser vinculante o no para el Estado las decisiones tomadas por una colectividad indígena, el instrumento legal adoptado por estas dos convenciones internacionales tiene el único objeto de proteger los derechos de los pueblos indígenas, por lo que se denota que la controversia puede ser solucionada si los Estado comienzan a oír las voces de estos pueblos, que al final son los que de alguna forma conceden el poder Estatal.

2.3.5 Jurisprudencia internacional sobre el tema

Debido a la controversia existente en la consulta previa referente a su efecto vinculante para el Estado, las cortes de justicia tanto nacionales como internacionales han tenido que entrar a analizar y sentenciar de alguna forma las posiciones que se han ventilado en sus judicaturas, en este acápite, se abordará la jurisprudencia internacional respecto a la consulta previa como un mecanismo para conseguir el consentimiento de los pueblos indígenas.

Uno de los primeros casos por tener connotación en nuestro país fue el que se ventilo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el Caso Sarayaku vs el Estado ecuatoriano, en un estudio realizado por el tratadista Mario Melo Abogado ecuatoriano, que se desempeña como Profesor de Derechos Humanos en la Universidad Andina Simón Bolívar y en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, se deja anotado que:

“(…) que en el eventual caso que se pretenda realizar actividades o proyectos de exploración o extracción de recursos naturales, o planes de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que impliquen potenciales afectaciones al territorio Sarayaku o a aspectos esenciales de su cosmovisión o de su vida e identidad culturales, el Pueblo Sarayaku deberá ser previa, adecuada y efectivamente consultado, de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia”. (Melo, 2012, pág. 88)

Según este autor la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a favor del Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku, luego de aproximadamente 9 años de litigio en el Sistema Interamericano, logró responsabilizar al Estado de su omisión al incumplir con el mandato constitucional de consulta libre, previa e informada, es decir que en la actualidad existe un precedente en nuestro país por ello es necesario ir invirtiendo un poca más de cuidada a la hora de realizar la Consulta.

Otro caso dentro de la jurisprudencia internacional, fue la sentencia sobre el caso del Pueblo Saramaka en contra del Estado de Surinam, en el libro elaborado por el tratadista Fernando Rey se señala que:

“al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones”. (Rey, 2011, pág. 409)

En la misma sentencia la Corte concluyó que ésta consulta además debe buscar el consentimiento de los pueblos indígenas – en este caso del pueblo Saramaka - en lo referente a proyectos de gran escala.

“(…) la Corte consideró que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”. (Rey, 2011, pág. 410)

Al respecto de este problema el Dr. Rodolfo Stavenhagen, ex Relator Especial de la ONU sobre derechos de los Pueblos Indígenas, en su informe anual sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, haciendo referencia al Art. 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos indígenas, señala que *“La consulta previa más allá de constituirse una mera formalidad es un mandato que el estado debe llevar a cabo con la finalidad de conseguir su consentimiento”*. (Aylwin Oyarzún, 2001, pág. 290)

Por lo tanto cada uno de los derechos consagrados en la Constitución del Ecuador son fundamentales por lo tanto, tal como, el Dr. Wilton Guaranda menciona *“(…) los derechos tienen como elemento fundamental el de ser exigibles, pero no se puede exigir algo que no tendrá efectos materiales en su aplicación”*. (Carrión, 2012, pág. 49)

Este enunciado lo hace en el contexto en que al ser una mera consulta se convierte en un requisito formal para otorgar o no una concesión, mas no en el cumplimiento de un derecho fundamental otorgado a los pueblos indígena en la Constitución y en instrumentos internacionales como es la consulta previa, que debe tener como fin el consentimiento, con lo cual se tendría un efecto vinculante contundente y no se dejaría a la libertad de decisión del poder estatal.

Esta ambigüedad se ha reproducido en los pronunciamientos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones sobre el problema, que han incorporado distintos estándares. Por ejemplo, en su observación individual a Noruega en el 2004, sostiene que la consulta sobre un proyecto de ley sobre la administración de tierras debe llevarse a cabo *“con la finalidad de llegar a un acuerdo, tal como establece el artículo 6º”*. (Arévalo, 2014, pág. 33)

En su observación individual a Guatemala en el 2006, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, estableció que antes de emprender o autorizar cualquier programa de explotación o exploración de recursos naturales en territorios indígenas, el Gobierno debe efectuar un estudio en cooperación con los pueblos interesados, y que los *“resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades”*. (Arévalo, 2014, pág. 35)

Y en su observación individual a Guatemala en el 2008, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, recalcó la importancia de consultar “*con los pueblos interesados, para determinar si los intereses de esos pueblos fueron perjudicados y en qué medida con el fin de incorporar los criterios recibidos en los planes de indemnización para exploración minera*”. (Gravel & Chabonneau-Jobin, 2013, pág. 98)

Como se expresa el tema también muestra ambivalencia en los resultados otorgados por cortes internacionales y por los mismos organismos encargados de interpretar las normas internacionales y dar recomendaciones a los países para que la Consulta Previa se realice de forma efectiva, incluso este tema que relaciona a derechos fundamentales es tomado a nivel internacional como tema de coyuntura política y un producto de debate en el ámbito de la geopolítica, sin embargo hay que tener en cuenta que los derechos fundamentales no se negocian se cumplen desde el ámbito de su esencia, no hay que confundir una ambigüedad en la escritura con una ambigüedad en la esencia de la ley. Por ello no solo es efectivo el estudio de la doctrina también es necesario el estudio científico de la teoría social para advertir la problemática y proponer soluciones efectivas a la polémica.

2.4 Fundamentación Teórico – Científica

La lucha de las tendencias neo constitucionalistas se vio reflejada en nuestro país a partir de la promulgación de la Constitución del 2008, con la cual se instauró el estado constitucional de derechos y justicia en nuestro país, que dio paso al reconocimiento de derechos a favor de la naturaleza y de los pueblos del territorio ecuatoriano.

Entre estos derechos está el de la consulta y consentimiento libre, previo e informado de los ciudadanos sobre decisiones ambientales, en contraposición al modelo de desarrollo y vida impuesto desde perspectivas ajenas a nuestra realidad, sobre la base del irrespeto y desconocimiento de derechos y otras formas de pensar y sentir, en este sentido el autor ecuatoriano Patricio Ruíz nos dice: “*Otras sabidurías han estado siempre conversando con la naturaleza y el cosmos, no solo desde la razón, el conocimiento y la epistemología, sino sobre todo desde la sabiduría, el corazón, la afectividad y la ternura*” (Ruíz, 2002, pág. 55)

Para muchos tratadistas el Estado como dueño de los recursos naturales tiene el poder de decisión exclusivo sobre ellos, sin embargo olvidan que el verdadero mandante es el pueblo quien al pronunciarse a través de su derecho de consulta previa, libre e informada anula esta facultad de disposición final otorgada por la errónea redacción de la Constitución que en sus Art. 56 numeral 7) Y 398 que dicen:

7. [...] La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

Art. 398.- [...] Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Sin embargo la motivación que utilizan las entidades del Estado para determinar la realización de un proyecto a pesar de la negativa de la comunidad consultada, está amparada en lo preceptuado en el Art. 313 de la Constitución que señala “*El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos (...)*” (Constitución de la República del Ecuador, 2008), es decir debemos entender por estratégicos aquellos que cubren los intereses económicos estatales.

De los artículos citados fácilmente se puede evidenciar que la Constitución a pesar de considerarse garantista de derechos, contiene actualmente una serie de incongruencias que generan una total inseguridad jurídica al momento de querer exigir los derechos de la naturaleza y de los pueblos del Ecuador, es decir se vulneran derechos que incluso están asegurados por jurisprudencia internacional sobre el derecho de la consulta previa.

Por ello a más de haber fundamentado el trabajo investigativo en el estudio doctrinario jurídico relacionado con el tema, y en el análisis de los tratados internacionales y legislación nacional, es imperioso tratar de examinar desde un ámbito teórico científico la problemática acaecida por el efecto vinculante que tiene o no la Consulta Previa, libre e informada por parte de los pueblos y comunidades indígenas, en

base a ello pasemos a analizar los presupuestos de la aplicación de esta figura jurídica en la toma de decisiones ambientales.

2.4.1 Presupuestos de la aplicación de la consulta previa en la toma de decisiones ambientales

La consulta ciudadana y la consulta previa a pueblos indígenas tienen raíces y actores distintos, sin embargo en el ámbito de protección a la medio ambiente sí tienen finalidades similares, pues no se trata solo de realizar un acto electoral o tomar una decisión informada, sino de establecer o canalizar espacios de diálogo y participación efectiva que se prolonguen hacia el futuro, y que, sobre la base del respeto y la buena fe, puedan coadyuvar a arribar a un acuerdo o consentimiento para la realización de una determinada industria extractiva y posteriores decisiones sobre ella.

Esto quiere decir que ambas figuras desde el ámbito del derecho ambiental son instrumentos que permiten que las comunidades y poblaciones afectadas directa o indirectamente por un proyecto de desarrollo tengan la oportunidad de manifestar sus inquietudes y preocupaciones, e influir en el proceso de toma de decisiones antes de que se otorguen las concesiones, licencias, permisos u otros derechos.

Por ello, si bien los derechos son reconocidos a nivel nacional y por las normas internacionales a las que los Estados están suscritos, es necesario que se formalicen los mecanismos para su adecuada aplicación, y que se establezcan las medidas necesarias para que los acuerdos que se establezcan sean cumplidos de manera obligatoria, puesto que esa es la manera más adecuada de evaluar verdaderos avances en la implementación de las consultas.

Si revisamos las normas sobre los avances de aplicación de consulta previa en medioambiente y recursos naturales en nuestra región, tal como hemos indicado, deben ser evaluados; no obstante, podemos comprobar que estos han sido muy pocos. En un estudio realizado por los tratadistas Carlos Parra Dussán y Gloria Amparo Rodríguez realizado en Colombia se deja entrever que:

En Colombia el Decreto N° 1320 de 1998 reglamenta la consulta previa a las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. El referido decreto se promulgó sin la consulta previa a los pueblos indígenas de ese país, sin que haya habido una acción coordinada de parte del Gobierno para proteger los derechos de dichos pueblos, y estableció un procedimiento para la consulta que no respeta las costumbres, tradiciones e instituciones de los mismos, ni permite que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos y sus repercusiones negativas, ni que pueda libremente y sin interferencias extrañas valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, y sin que sea oída y se pueda pronunciar sobre la viabilidad del mismo. (Parra Dussan & Rodríguez, 2005, pág. 115)

A decir de estos autores, mediante una directiva del 10 de marzo de 2010 del Gobierno del presidente Uribe se solicitó a todas sus autoridades que garanticen el derecho a la consulta de los diversos grupos étnicos, y, de esa manera, se garanticen y agilicen los proyectos; es decir en palabras del Dr. Carlos Parra, *“se está haciendo consulta como no debe ser para facilitar los procesos de inversión”*. (Parra Dussan & Rodríguez, 2005, pág. 117). Además, en el caso colombiano, no se ha producido aún la adecuación de las normas sectoriales a fin de facilitar la aplicación del mecanismo de consulta en el ámbito ambiental.

Otro caso en el que la Consulta previa ha sido parte de una aplicación de protección al medio ambiente es en Bolivia, donde la consulta previa para proyectos de explotación de recursos naturales está establecida en la Constitución Política del Estado, que, en el artículo 30, incisos 15, 16 y 17, se refiere al derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre *“cualquier proyecto de explotación de recursos naturales que existiere en sus territorios”*. (Andrade, 2011, pág. 111)

Así mismo en la Ley N° 3058 del sector Hidrocarburos, se reconoce el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y se establece los mecanismos de consulta previa para hidrocarburos en Bolivia. Esta ley, en sus artículos 115, 119 y 120, establece la obligatoriedad de la consulta, pero también las compensaciones financieras y la

indemnización por daños y perjuicios emergentes de las actividades desarrolladas en territorios indígenas.

Al igual que en nuestro país en el país del altiplano se dejan abierta la posibilidad de que, en caso de que no haya acuerdo o consentimiento del estado y las comunidades indígenas, la actividad se realice. Hay que recordar que la consulta no tiene carácter vinculante en Bolivia, algo que todavía se encuentra en debate en nuestro país, según el estudio realizado en la FLACSO por la tratadista Andrade esto es perjudicial en Bolivia porque:

Existen críticas de ambas partes a la aplicación de la consulta previa en Bolivia. Los propios funcionarios del Gobierno actual plantean la modificación de la Ley de Consulta, pues “obstaculiza el desarrollo de proyectos”, mientras que los pueblos indígenas plantean que la norma les permite ejercer “el derecho al veto”, lo que ha creado problemas para su normal aplicabilidad. (Andrade, 2011, pág. 112)

Otro problema de aplicación es que el sector Hidrocarburos es el que realiza la consulta, pero quien resuelve los estudios ambientales es el sector Ambiente, lo que, en la práctica entrapa el cumplimiento de la Ley, en referencia a el sector Minería, aún no hay voluntad para reglamentar la consulta previa. Según el análisis realizado por la autora ecuatoriana “Las normas sectoriales tienen ya veinte años y mantienen el régimen de concesiones. La participación de los actores afectados es muy limitada”. (Andrade, 2011, pág. 112)

En el caso de nuestro país es necesario resaltar que las políticas de gestión ambiental se han aplicado transversalmente durante las diferentes etapas de implementación del Modelo de Gestión de Sociopolítica de la Ronda Suroriente Ecuador: *Socialización de la política pública hidrocarburífera, Diagnóstico socio ambiental y Consulta Previa Libre e Informada. (Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador, 2013)*

Para el efecto y como advertimos el Ecuador mediante el poder ejecutivo se ha creado un ordenamiento jurídico interno que atendiendo a los postulados constitucionales regula esta clase de derechos, tomando en cuenta además que el deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos colectivos y de la naturaleza, mediante decretos y

reglamento como los estudiados en acápite anteriores, la Secretaría de Hidrocarburos y el Ministerio de Recursos Naturales no Renovables trabajaron conjuntamente con el Ministerio del Ambiente, que en su calidad de Autoridad Ambiental Nacional dirige la política ambiental en el país.

Por lo que en un primer momento se sociabiliza la política pública ambiental, en las comunidades del área de influencia. De igual manera, en la ejecución de la Consulta Previa se restituye el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser parte de un proceso sostenido y sistemático de diálogo intercultural con el Estado, tomando como referencia que el objeto primordial en este aspecto es dar cuenta desde espacios de construcción participativa y en la práctica.

Esto quiere decir que nuestro país busca de alguna forma insertar mecanismos que tiendan puentes de diálogo entre las comunidades indígenas y el Estado con el fin de conservar el medio ambiente, sin embargo uno de los problemas que más ha oscurecido estos propósitos es la polémica en torno al efecto vinculante de la consulta en las comunidades indígenas, sin embargo de ello hay que tener claro que el fin que busca el estado es el mismo de los pueblo indígenas y se resume en un proceso que garantiza un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, y con el firme compromiso de conservar la biodiversidad y asegurar la satisfacción de las necesidades presentes y futuras de las comunidades.

2.4.2 Propiedad de los recursos naturales del subsuelo, pueblos indígenas y consulta

Las actividades extractivas que desde hace mucho tiempo atrás se llevan a cabo en tierras indígenas originan muchas veces que las comunidades locales y los pueblos indígenas afectados sufran profundos cambios sociales y económicos que afectan inevitablemente a las condiciones de vida, y que a menudo, las autoridades competentes son incapaces de comprender y mucho menos de prever.

A veces los efectos son beneficiosos, sin embargo algunas ocasiones son devastadores con las comunidades y principalmente con el medio ambiente y la naturaleza, varios casos se pueden citar de abusos que han cometido empresas transnacionales contra comunidades y países, en la actualidad uno de ellos es el caso de la petrolera Chevron en contra del Estado ecuatoriano.

En reacción a estos abusos los países y las comunidades indígenas se organizan y consolidan dentro de la Organización de Naciones Unidas todo un ordenamiento legal que tiende a brindarles protección ante estas desavenencias, de igual forma los Estados comienzan a admirar en sus recursos naturales un mercado poderoso que hay que defenderlo de los abusos de las empresas transaccionales, por lo que de igual forma consolidan una legislación internacional que se sustenta en las Leyes de cada uno de los países las proponen.

Un ejemplo palpable de esto es todo el ordenamiento legal de derecho ambiental que a propósito de la nueva concepción de conservación del medio ambiente se dio, también los países donde se explotan recursos naturales como el Ecuador en sus últimas Cartas fundamentales han propuesto figuras que tienden a proteger la propiedad de estos bienes así el Art. 313 *“El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)*

En conclusión los pueblos indígenas en el pasado soportaban de manera desproporcionada los costos impuestos por las industrias extractivas (minería, petróleo y gas) y consumidoras de recursos, las grandes represas y otros proyectos de infraestructura, la tala y las plantaciones, la prospección biológica, la pesca y la agricultura industriales, y también el ecoturismo y los proyectos de conservación.

Las principales repercusiones de estos proyectos en los derechos humanos de los pueblos indígenas están relacionadas con la pérdida de la tierra y los territorios tradicionales, el desalojo, la migración y el reasentamiento, el agotamiento de los recursos necesarios para la supervivencia física y cultural, la destrucción y contaminación del medioambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los efectos negativos

a largo plazo en la salud y la nutrición, así como, en algunos casos, el hostigamiento y la violencia.

Según un estudio realizado por Unicef acerca de los derechos indígenas se expone que respecto de la ejecución de proyectos y actividades que aprovechan los recursos del subsuelo (minerales, petróleo, gas), existen dos aspectos jurídicos que vienen siendo utilizados para darle predominancia a la actividad extractiva en tierras de pueblos indígenas:

a) En muchas Constituciones, está reconocido que el Estado tiene la potestad (dominio, propiedad) sobre los recursos del subsuelo.

b) La idea de que las actividades extractivas son de necesidad pública y corresponden al interés general. (UNICEF, 2013, pág. 44)

Nuestro país no es la excepción, según la propia Constitución de la República en el tercer inciso del Art. 1, se reconoce: *“Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”*. (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Así mismo el Art. 317 y 408 se deja explícito que los recursos naturales no renovables pertenecen, incluso desde el Art. 408 hasta el 415 se encuentra la sección denominada Recursos naturales y se la divide en subsecciones que regulan el Suelo, el Agua, y la Biosfera ecología urbana y energías alternativas.

Ahora este reconocimiento puede estar contraviniendo en la visión del efecto vinculante de la Consulta previa porque al ser la organización estatal dueña y propietaria de los recursos naturales que son un importante negocio dentro de la organización económica mundial, se encuentra en una situación de juez y parte al tener la última palabra sobre la explotación de recursos dentro de territorios indígenas, este contraste hace suponer lo delicado que resulta el dejar en tela de debate el efecto vinculante de las decisiones consultadas a una población.

En fin si bien los Estados y los ciudadanos de los países tuvieron como un método de protección contra las empresas transnacionales declara la propiedad absoluta de los

recursos naturales para un Estrado si no es llevada dentro de unos parámetros y principios este mismo mecanismo puede resultar en último caso un poderosa arma con la que el mismo estado puede abusar de las comunidades indígenas.

2.4.3 La naturaleza como sujeto de derechos constitucionales

La posición de todos los países que desboco en los abusos excesivos en contra de la naturaleza, llegando incluso a ver al medio ambiente como una material que solo sirve para las transacciones económicas, llevo a que en el mundo entero se plantearan nuevas formas de organizarse, esta posición sumada al advenimiento de la legislación ambiental y al a preocupación del cambio climático aceleraron aún más estas transformaciones.

Uno de esos fenómenos fue el plantearse a la naturaleza como un sujeto al que la organización social le otorga derechos, según un estudio realizado por el Dr. Ricardo Crespo Plaza esta concepción tiene sus orígenes en: El origen de los derechos de la naturaleza nace en respuesta a la visión antropocéntrica que se tenía, fundándose así una visión holística de la naturaleza.

Para este autor los antecedentes de lo que en la actualidad podríamos llamar derechos de la naturaleza se encuentran en enunciados y estudios realizados por varios tratadistas entre ellos por ejemplo:

“Aldo Leopold sugirió la constitución de una ciudadanía biótica inspirada en una ética del suelo. Tom Regan en su ensayo (The case for animal Right), ratifica el derecho de otros seres vivos que comparten el planeta con nosotros trasladando a los seres humanos desde el centro al todo. Y Arne Naess con su tesis de la ecoltría defiende que el mundo natural no humano tiene derecho a existir con independencia de lo útil que pudiera resultarnos.” (Crespo Plaza, 2007, pág. 33)

Esta nueva visión llevo a que en nuestro país a propósito de la estructuración de un nuevo ordenamiento jurídico interno se propusiera en Constitución nueva el planteamiento de derechos a la naturaleza o denominada también como pachamama, así que se logró llevar a cabo esta tarea y se dejó escrito en los Artículos 71 y 72 los

principios básicos por los que todo ciudadano ecuatoriano debe tener en cuenta ante una posible violación a la naturaleza

El artículo 71 de la Constitución de la República es explícito en manifestar que es una obligación el fomentarlos y crear canales de proliferación para que los Derechos de la Naturaleza como nueva visión holística de vida para el hombre en sí se hagan realidad en Ecuador, a decir verdad esto fue un gran fenómeno que produjo en la sociedad ecuatoriana gran debate, sin embargo se deja notar que es un avance significativo en lo que se refiere a querer llevar a una aplicación efectiva de derechos ambientales por parte del estado, fruto de ello se dejó inscrito de esta forma:

“Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (...). El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Así mismo en el Art. 72 establece la obligación que el Estado tiene para crear mecanismos que tiendan a proteger o mitigar los daños causados a la naturaleza, en este artículo de la Constitución de la república se basa todo un ordenamiento legal que busca invertir en instrumentos legales, administrativos y técnicos que lleva a la práctica los principios anunciados en el artículo 71 de la misma Carta Fundamental:

“Art. 72.- (...) En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.”
(Constitución de la República del Ecuador, 2008)

De todo esto se puede concluir que si bien el Estado ecuatoriano consiguió con la Constitución de 2008 proponer y llevar a efecto la visión de protección de la naturaleza, en la práctica todavía queda mucho por hacer, sobre todo cuando temas como la consulta

previa de pueblos indígenas para la explotación de recursos naturales es tomada por el estado como no vinculante.

2.4.3.1 El derecho internacional del medio ambiente

Como advertimos la visión de protección y otorgamiento de derechos a la naturaleza como un sujeto jurídico se aceleró gracias a la proliferación de lo que se denomina como derecho ambiental, pues el objetivo de esta nueva rama jurídica se manifiesta únicamente cuando la interacción hombre entorno altera negativamente las condiciones en las que ambos se desarrollan.

Una de las causas para que se haga realidad el derecho internacional del medio ambiente fue la crisis ambiental que únicamente en función de los procesos económicos profundizó aún más la necesidad de proponer un nuevo sentido ideológico al sistema integral de la sociedad contemporánea, según el tratadista José Juste Ruiz, esta nueva visión se basa en *“tratar por todos los medios de que el deterioro causado por las empresa transnacionales y el humano en general no se produzca en el medio ambiente [...] y si el daño ya se ha producido pese a todo, mitigar sus efectos y garantizar su reparación”*. (Juste Ruiz, 1999, pág. 39)

Estos dos principios de la vigilancia y la prevención tienen gran trascendencia en la medida en que los daños que se causan al medio ambiente por lo regular causan daños irreversibles, y la reparación de los daños tiene sus límites inherentes. Por lo tanto se puede argumentar que el Derecho Internacional del Medio Ambiente posee un carácter instrumental y de gestión en cuanto persigue establecer mecanismos de reglamentación, administración y gestión de los recursos ambientales para evitar que el deterioro se produzca.

Si bien la ciencia y la tecnología han propiciado un desarrollo vertiginoso en los distintos campos, sobre todo en la producción de bienes y servicios, no es menos cierto que han dejado una secuela grave en el deterioro de nuestro entorno natural, por lo que debe también corresponder a estos medios detener la progresiva degradación de la naturaleza y contribuir con eficacia a su restauración. Según el tratadista Hernán E. Daly:

“Esta nueva era del mundo lleno, la inversión debe cambiar de la acumulación de capital hecho por el hombre hacia la preservación y restauración del capital natural. La tecnología debe dirigirse a aumentar la productividad de capital natural en lugar del capital hecho por el hombre”. (Daly, 1994, pág. 62)

De esto se desprende que la situación ha ido cambiando, la visión de mundo y desarrollo cambio desde el término de la segunda guerra mundial con la conformación de organismos multilaterales que comenzaron a estructurar un derecho internacional y vieron también como un foco de problemas el abuso hacia el medio ambiente y la naturaleza, sin embargo es en los últimos tiempos a partir del Informe Brundtland que el mundo entero se declaró a favor del uso sustentable del medio ambiente, que significa que todos los usos presentes y futuros permanecen disponibles. Y es que el mercado económico que solo busca surgir entre la competencia llegó a un nivel en el que no importaba a quien se perjudicaba con tal de vender y comprar productos.

Al respecto el filósofo Ortega y Gasset enuncia: *“Si el desarrollo técnico no está permanentemente informado por un proyecto vital, entonces se convierte en enemigo, y por tanto constituye un factor de deshumanización y esta deshumanización se alcanza cuando la sabiduría pierde el control sobre la técnica”.* (Gasset & Ortega, 1994, pág. 69)

De ahí que en los actuales momentos el mundo entero estructuro un sistema jurídico de protección al medio ambiente, entre los más importantes se encuentran la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano realizada en Estocolmo en 1972, la Cumbre para el Desarrollo Sostenible realizada en rio de Janeiro en 1992, la Cumbre para la Tierra + 5 Esta Cumbre tuvo lugar en un Período extraordinario de sesiones de la Asamblea General celebrada en 1997 y la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible conocida también como Cumbre de Johannesburgo en 2002.

2.5 Hipótesis

2.5.1 Hipótesis General

La errónea redacción de la Constitución de la República al referirse al derecho de consulta previa en la toma de decisiones ambientales, está dejando en indefensión y desprotección a la naturaleza por el efecto no vinculante frente al Estado.

2.5.2 Hipótesis Específicas

El tratamiento inadecuado del derecho de consulta previa sobre la toma de decisiones ambientales ha provocado desprotección del medio ambiente frente al poder del Estado.

La Constitución de la República con su actual redacción provoca inseguridad jurídica al contener contradicciones y ambigüedades sobre el derecho de consulta previa reconocido por tratados internacionales en favor de los pueblos que pueden ser afectados por decisiones ambientales dañinas.

2.6 Variables

En la presente investigación se puede identificar las siguientes variables:

2.6.1 Variable dependiente.

- a) El efecto no vinculante del derecho de consulta previa para el Estado ecuatoriano
- b) La exigibilidad y aplicabilidad del derecho de consulta previa en la toma de decisiones ambientales.

2.6.2 Variable independiente

- a) La desprotección del medio ambiente frente a la toma de decisiones ambientales.
- b) La arbitrariedad del Estado en terminar decidiendo a pesar de los resultados de la consulta previa
- c) Los daños y perjuicios ocasionados al medio ambiente al inobservar la decisión de la consulta previa

CAPÍTULO III

3. MARCO METODOLÓGICO

3.1 Tipos de investigación

El proyecto de investigación es de tipo bibliográfico documental y de campo, es decir que se origina en la necesidad de establecer y propiciar un análisis jurídico sobre, la desprotección que sufre el medio ambiente frente al efecto no vinculante de la consulta previa, esto ha propiciado que los nuevos derechos de la naturaleza y los derechos internacionales con los que gozan las comunidades indígenas en nuestro país estén violentados y sin una tutela efectiva por parte del Estado y su sistema.

Además la investigación que se utilizó en este trabajo de tesis ha sido el explicativo y demostrativo del problema, pues se identificaron pautas que demuestran cómo se presenta en su forma natural la problemática, con la determinación de sus causas y consecuencias que de alguna forma traten de coadyuvar a estimar y dar un juicio correcto del grado de relación que existe entre dos o más variables.

3.1.1 Investigación bibliográfica

Tomando en cuenta que la investigación bibliográfica es aquella etapa de la investigación científica donde se explora qué se ha escrito en la comunidad científica sobre un determinado tema o problema, es que podemos concluir que en este trabajo de tesis se han tomado varios puntos de vista de estudios relacionados sobre la Consulta previa realizada en comunidades indígenas, denotando que la polémica surgida en el campo jurídico tiene varias posturas en análisis bibliográficos, pero que de alguna forma iluminan la proposición que se maneja en las hipótesis del trabajo.

Además se debe dejar en claro que el estudio bibliográfico representa en esta investigación la parte medular del trabajo, pues en base a los estudios jurídicos y análisis concernientes a la consulta previa, se llega a interpretar y exponer la problemática y el

daño causado a los derechos ambientales y a las comunidades indígenas por el debate sobre el efecto vinculante de esta institución legal.

3.1.2 Investigación de campo

De igual forma partiendo de la proposición, de que la investigación de campo es un proceso que, utilizando el método científico, permite obtener nuevos conocimientos en el campo de la realidad social, lo que se llama investigación pura, o bien estudiar una situación para diagnosticar necesidades y problemas a efectos de aplicar los conocimientos con fines prácticos lo que se conoce como investigación aplicada.

En la presente labor de tesis se ha elaborado una investigación de campo para llegar a conocer la raíz del problema y luego lanzar propuestas que ayuden a resolver o mitigar la problemática jurídica, cabe aclarar que aun cuando el presente capítulo se centra en los estudios de derechos vulnerados, aborda el tema desde la perspectiva de encontrar un mecanismo que nos ayude a discernir si el efecto de la consulta previa debe ser vinculante o no para el Estado.

Dentro de este contexto, el diseño de investigación se basará concretamente en la observación de estudios bibliográficos, que serán reforzados con la realización de entrevistas puestas en conocimiento a profesionales del derecho ambiental internacional, y la elaboración de encuestas a personas comunes de la sociedad, para posteriormente presentar los resultados mediante gráficos y cuadros estadísticos, con el fin de tener un respaldo real de lo que acontece en la sociedad ecuatoriana con respecto al tema de repatriación de personas condenadas en el exterior a su país de origen.

3.1.3 Investigación Explicativa

La investigación explicativa es aquella que tiene relación causal; no sólo persigue describir acontecimientos acercarse a un problema, sino que intenta encontrar las causas del mismo. De ahí que la causa de la problemática encontrada es referente al efecto no vinculante de la Consulta previa a las comunidades indígenas sobre planes y proyectos de

explotación de recursos naturales o decisiones administrativas o legislativas que les concierne a estos pueblos.

Desde un punto de vista estructural reconocemos cuatro elementos presentes en toda investigación: sujeto, objeto, medio y fin. En esta investigación se entiende por sujeto el que desarrolla la actividad en este caso es mi persona como investigador; el objeto es lo que se indaga, en este caso es la Consulta previa de las comunidades indígenas y sus efectos; el medio es lo que se requiere para llevar a cabo la actividad, es decir, el conjunto de métodos y técnicas adecuados; es decir la investigación bibliográfica y la investigación de campo, y el fin es lo que se persigue, los propósitos de la actividad de búsqueda, que en este caso radica en la solución de la problemática detectada.

3.1.4 Investigación Descriptiva

La Investigación descriptiva, también conocida como la investigación estadística, describen los datos y este debe tener un impacto en las vidas de la gente que le rodea. En esta trabajo, la búsqueda de solucionar el debate realizando un estudio doctrinario radica en avizorar que el estado no está considerando la esencia misma de la figura jurídica de la Consulta previa, con ello se pretende que el lector de la investigación sabrá qué hacer para prevenir la vulneración de la norma jurídica, y por lo tanto el debate y la posible desprotección del medio ambiente se detendrán.

Es decir que el objetivo de la investigación descriptiva consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. La meta de este tipo de investigación no se limita a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables.

3.2 Población y muestra

Población:

La investigación se realizó en una población de 100 personas, de las cuales una parte se escogieron de los profesionales del derecho en materia ambiental, otra parte de dirigentes indígenas, así como también se recabó las opiniones de los administradores de justicia en esta materia y por supuesto de los integrantes de la comunidad que en su conjunto es afectada en nuestro país.

Muestra poblacional:

La muestra que se utilizó fue probabilística aleatoria simple, partiendo del criterio de que todos y cada uno de los elementos de la población tiene la misma probabilidad de formar parte de la muestra, sobre la cual se realizó la investigación. La muestra se determinó en base a la aplicación de la siguiente fórmula:

$$n = \frac{N:PQ}{\frac{N-1 \times (E)^2}{K^2} + PQ}$$

n= Número de personas de la muestra

P.Q= Varianza de la población: 0,25

N= Población (500)

E= Margen de error (0.09)

K2= Constante de corrección de error.

$$n = \frac{500 \times 0,25}{\frac{499 \times (0,09)^2}{2^2} + 0,25} n = \frac{125}{\frac{4,04}{4} + 0,25}$$

$$n = \frac{125}{\frac{499 \times 0.0081}{4} + 0,25} n = \frac{125}{1,01 + 0,25}$$

$$n = \frac{125}{1,26} n = 99,20$$

El resultado de la muestra es de 100 personas a las cuales se estudiarán de la siguiente forma:

Cuadro 1

Población y Muestra en la Investigación.

ESTRATO	NUMERO	PORCENTAJE
PROFESIONALES DE DERECHO EN MATERIA AMBIENTAL	30	30.00%
DIRIGENTES INDÍGENAS	20	20.00%
ADMINISTRADORES DE JUSTICIA EN ESTA MATERIA	20	20.00%
COMUNIDAD AFECTADA	30	30.00%
TOTAL	100	100 %

Fuente: Hugo Danilo Veloz Castro

3.3 Métodos

3.3.1. Método Analítico-Sintético

Este método implica el análisis (del griego análisis, que significa descomposición), consiste en la separación de un todo en sus partes o en sus elementos constitutivos para estudiarlos de forma individual. El sintético, implica la síntesis (del griego synthesis, que significa reunión), esto es, unión racional de los elementos dispersos para estudiarlos en su totalidad. Permite realizar un estudio, análisis profundo y detallado de la idea a defender planteada, con la finalidad de determinar el grado veracidad de la propuesta.

3.3.2. Método Inductivo-Deductivo

El método inductivo es aquel que consiste en sacar de los hechos particulares una conclusión general. El método deductivo es aquel en que una proposición más general enuncia o explica las conductas particulares. Mediante la aplicación de éste método se va a permitir verificar los resultados obtenidos, partiendo de particular a lo general; y, descubrir conocimientos, partiendo de lo general a lo particular extendiendo los conocimientos que se tienen sobre una clase determinada de fenómenos.

3.3.3. Método Histórico-Lógico

Mediante este método permite orientarnos a determinar si existe una evolución de lo pasado con lo actual, de conocer la evolución y desarrollo del objeto o fenómeno de investigación. Este método se refiere a que en la Sociedad los diversos problemas o fenómenos no se presentan de manera casual sino que es el resultado de un largo proceso que los origina, motiva o da lugar a su existencia. Esta evolución de otra parte no es rigurosa o repetitiva de manera similar, sino que va cambiando de acuerdo a determinadas tendencias o expresiones que ayuda a interpretarlos de una manera secuencial.

3.3.4. Método Científico

A través de este método permite al investigador observar, plantearse una pregunta o problema, formular una posible respuesta a la pregunta (hipótesis), realizar la investigación (experimentar, buscar información, recopilar datos), y llegar a una conclusión que apruebe o niegue su hipótesis. Es decir llevar a cabo, una investigación cuyos resultados sean aceptados como válidos por la comunidad científica.

3.4 Técnicas de recolección de datos

Las técnicas para la recolección de datos que se utilizó en la presente investigación fueron la observación que se plasmó mediante fichas, las encuestas y las entrevistas que se realizaron tanto a personas versadas en derecho de tránsito, como a expertos en tránsito y movilidad, administradores de justicia en esta materia y finalmente a los integrantes de la comunidad, los mismos que en conjunto resultan ser los afectados por el problema que se ha logrado identificar.

Los instrumentos que me permitieron reunir las opiniones y los aportes tanto de los profesionales del derecho en materia de tránsito como de los expertos y de los administradores de justicia en este tema y de los integrantes de la comunidad afectada, fueron la aplicación de cuestionarios, que contienen preguntas cerradas con opciones de elección de la respuesta, verdadero, falso o desconoce.

De la misma forma se realizó una lectura científica de la legislación constitucional vigente, de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y de su reglamento de aplicación, con el fin de identificar la normativa que contiene, para posteriormente relacionarla con el desconocimiento del que adolece la población especialmente de la ciudad de Ibarra y sumarlo a los contenidos de la información obtenida en las bibliotecas de la ciudad y de esta forma proceder a organizarla y sistematizar en las fichas bibliográficas y nemotécnicas.

3.4.1 Observación

La observación como instrumento para realizar una investigación es un procedimiento empírico por excelencia, el más primitivo y a la vez el más usado. Es el método por el cual se establece una relación concreta e intensiva entre el investigador y el hecho social o los actores sociales, de los que se obtienen datos que luego se sintetizan para desarrollar la investigación.

La observación es un proceso cuya función primera e inmediata es recoger información sobre el objeto que se toma en consideración. Esta recogida implica una actividad de codificación: la información bruta seleccionada se traduce mediante un código para ser transmitida a alguien (uno mismo u otros). Los numerosos sistemas de codificación que existen, podrían agruparse en dos categorías: los sistemas de selección, en los que la información se codifica de un modo sistematizado mediante unas cuadrículas o parrillas preestablecidas, y los sistemas de producción, en los que el observador confecciona él mismo su sistema de codificación.

3.4.2 Entrevista

Es una técnica de investigación, es un acto de comunicación oral que se establece entre dos o más personas, con el fin de obtener una información u opinión, permite obtener información a través de un lenguaje oral emitido por el investigado de los hechos a investigarse, esta entrevista comprende el esfuerzo del entrevistado frente al entrevistador, es también una técnica excelente que se aplica con la finalidad de estudiar situaciones problemáticas poco conocida por el investigador y que le servirá para estudios más profundos y sistemáticos.

3.4.3 Encuesta

Es una técnica de recolección de información, es utilizada en la población, mediante la aplicación de un muestreo con la finalidad de explicar las variables de estudio; es una técnica de recolección de información, por la cual los informantes

responden por escrito a preguntas entregadas en forma escrita. Los datos que se obtiene a partir de realizar un conjunto de preguntas normalizadas dirigidas a una muestra representativa o al conjunto total de la población estadística en estudio, con el fin de conocer estados de opinión, características o hechos específicos. El investigador debe seleccionar las preguntas más convenientes de acuerdo con la naturaleza de la investigación.

3.5 Instrumentos

- ✓ El instrumento de la observación es la guía o ficha de observación.
- ✓ El instrumento que se utiliza en la encuesta es el cuestionario
- ✓ El instrumento que se utiliza en la entrevista es la guía

3.5.1 Formulario del cuestionario

El formulario que se plantea en este trabajo de investigación está basado en ser un cuestionario de preguntas simples, concretas y concisas que tiene como finalidad en la encuesta a personas comunes de la sociedad recoger un dato estadístico de la posición que la sociedad ecuatoriana tiene hacia la Consulta previa, y en la entrevista buscar recabar opiniones valederas efectuadas por profesionales del derecho expertos en temas ambientales.

CAPÍTULO IV

4. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

4.1 Formulario de la encuesta

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR.

ENCUESTA A PERSONAS PARTICULARES

Mi nombre es Hugo Danilo Veloz Castro y estoy participando en un estudio para la Universidad Central del Ecuador, me interesa conocer su opinión sobre algunos temas de la Consulta Previa de los pueblos indígenas. Su participación es importante para lograr este objetivo del estudio. Los resultados que obtengamos serán confidenciales, no necesita darme su nombre, ni datos personales. Esta encuesta no tiene ningún objetivo político.

No hay respuestas correctas para las preguntas que le formularé, solo queremos conocer lo que usted piensa.

Dígnese indicarnos su opinión respecto a las siguientes preguntas:

1. ¿Conoce sobre los derechos de las comunidades indígenas y en especial sobre la consulta previa?

SI () NO ()

2. ¿Estaba al tanto que en nuestra Constitución la consulta previa a los pueblos y nacionalidades indígenas es obligatoria antes de realizarse un proyecto de explotación de recursos naturales en sus territorios?

SI () NO ()

3. ¿Conoce que nuestro país en 2007 fue parte de la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos indígenas?

SI () NO ()

4. ¿Cree que es positivo que una comunidad indígena se pronuncie respecto de un proyecto de explotación de recursos naturales en su territorio?

SI () NO ()

5. ¿Sabe sobre los derechos que el Estado le otorga a la naturaleza?

SI () NO ()

6. ¿Considera que si el estado no considera vinculante la decisión de la Consulta previa esta debe realizarse?

SI () NO ()

7. ¿Si cerca de su domicilio se proyectara realizar un plan de explotación de recursos naturales no le gustaría que antes fuera consultada su opinión?

SI () NO ()

8. ¿Considera de que si la propia Constitución de la República no regula y protege al medio ambiente por su ambigüedad en la redacción debe ser reformada?

SI () NO ()

Gracias por su ayuda. . .

4.1.1 Análisis e interpretación de resultados de la encuesta

1. ¿Conoce sobre los derechos de las comunidades indígenas y en especial sobre la consulta previa?

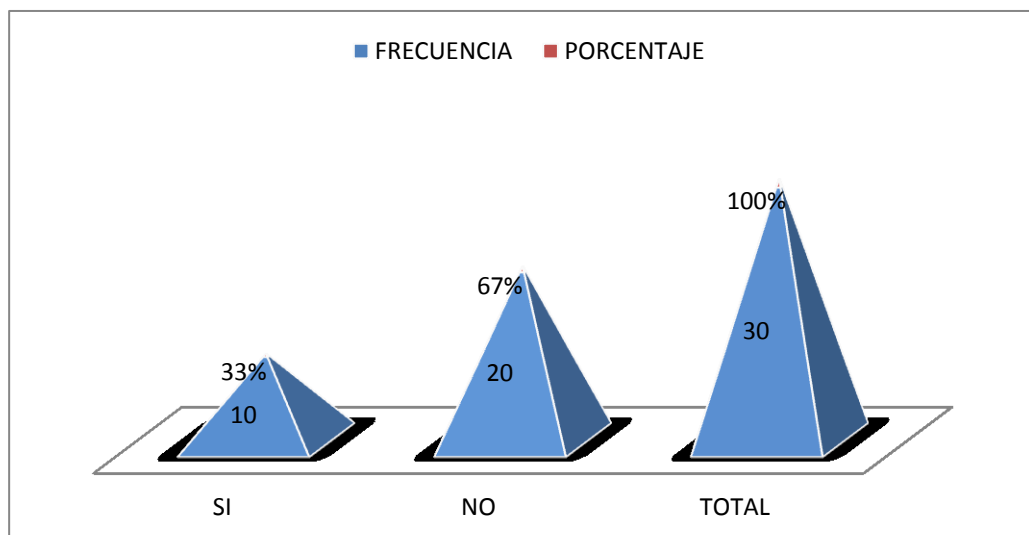
Tabla 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	33%
NO	20	67%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a 30 personas particulares de la ciudad de Quito

Elaboración: El Autor Hugo Danilo Veloz Castro.

Gráfico 1



Interpretación: Del universo de treinta ciudadanos encuestados, 10 personas, equivalentes al 33% respondieron que si conocen sobre los derechos de las comunidades indígenas, mientras que 20 personas consultadas, es decir el 67% consideran que no están al tanto sobre el tema.

Análisis: En la población se observa un desconocimiento de los derechos inherentes a las poblaciones indígenas, ya que se nota que la mayoría de personas consultadas, respondieron con su desconocimiento del tema, lo que es preocupante, en una sociedad como la nuestra, donde el tema de protección de derechos a grupos vulnerables no ha sido efectiva por parte del Estado y por consiguiente ha ocasionado varios problemas.

2. ¿Estaba al tanto que en nuestra Constitución la consulta previa a los pueblos y nacionalidades indígenas es obligatoria antes de realizarse un proyecto de explotación de recursos naturales en sus territorios?

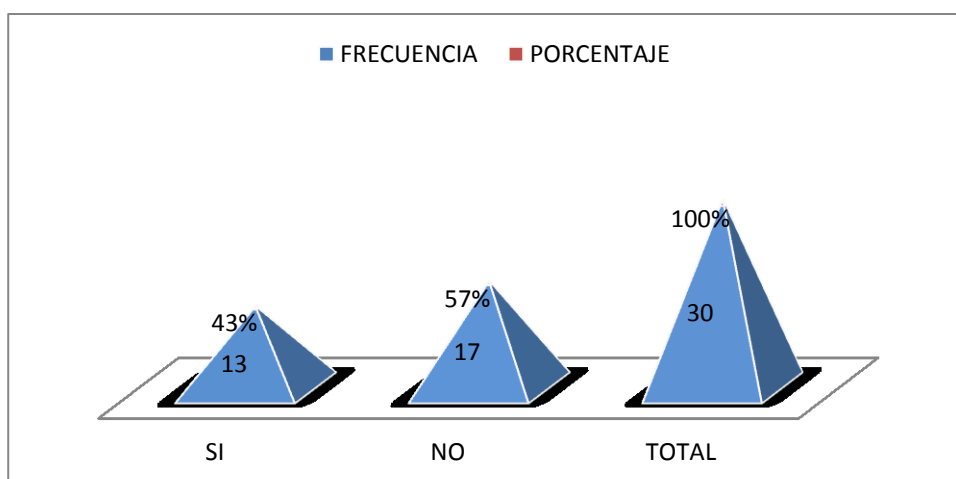
Tabla 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	13	43%
NO	17	57%
TOTAL	35	100%

Fuente: Encuesta realizada a 30 personas particulares de la ciudad de Quito

Elaboración: El Autor Hugo Danilo Veloz Castro.

Gráfico 2



Interpretación: De todos los treinta habitantes consultados, 13 pobladores, equivalentes al 43% respondieron a la encuesta que, están al tanto en nuestra Constitución la consulta previa a los pueblos y nacionalidades indígenas es obligatoria antes de realizarse un proyecto de explotación de recursos naturales en sus territorios, mientras que 17 pobladores consultados, es decir el 57% no están al corriente de estos nuevos postulados constitucionales.

Análisis: Dentro del conjunto de personas sondeadas, se demuestra que una ligera mayoría de encuestados no reconocen lo que en la Constitución proclama, con respecto a la consulta previa a los pueblos y nacionalidades indígenas y la obligación del Estado el realizarla antes de empezar con un proyecto de explotación de recursos naturales en sus territorios, de las 30

personas inquiridas 13 ciudadanos en cambio tienen conocimiento de que en Ecuador desde la promulgación de la nueva Constitución esta institución se implantó.

3. ¿Conoce que nuestro país en 2007 fue parte de la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos indígenas?

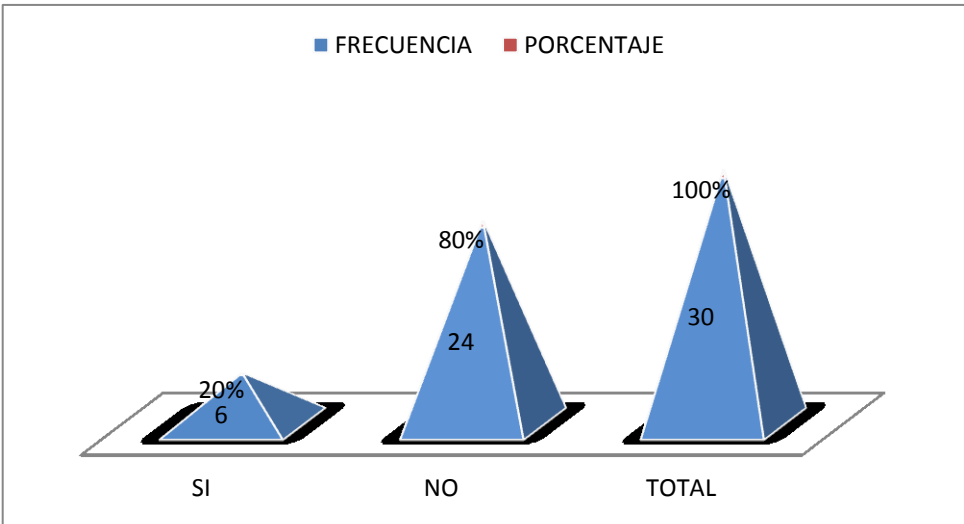
Tabla 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	6	20%
NO	24	80%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a 30 personas particulares de la ciudad de Quito

Elaboración: El Autor Hugo Danilo Veloz Castro.

Gráfico 3



Interpretación: De todo el conjunto de ciudadanos consultados, 6 pobladores, que equivalen al 20% saben acerca de la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos indígenas, por otro

lado 24 individuos es decir el 80% desconocen sobre este asunto y todo lo concerniente a política internacional que ha llevado nuestro país en los últimos años.

Análisis: La mayoría de ciudadanos que contestaron la pregunta N° 3 de la encuesta desconocen sobre la política internacional de nuestro país y aún más se divisó un desdén al respecto de tratados suscritos por Ecuador, apenas el 20% del universo encuesta saben sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos indígenas.

4. ¿Cree que es positivo que una comunidad indígena se pronuncie respecto de un proyecto de explotación de recursos naturales en su territorio?

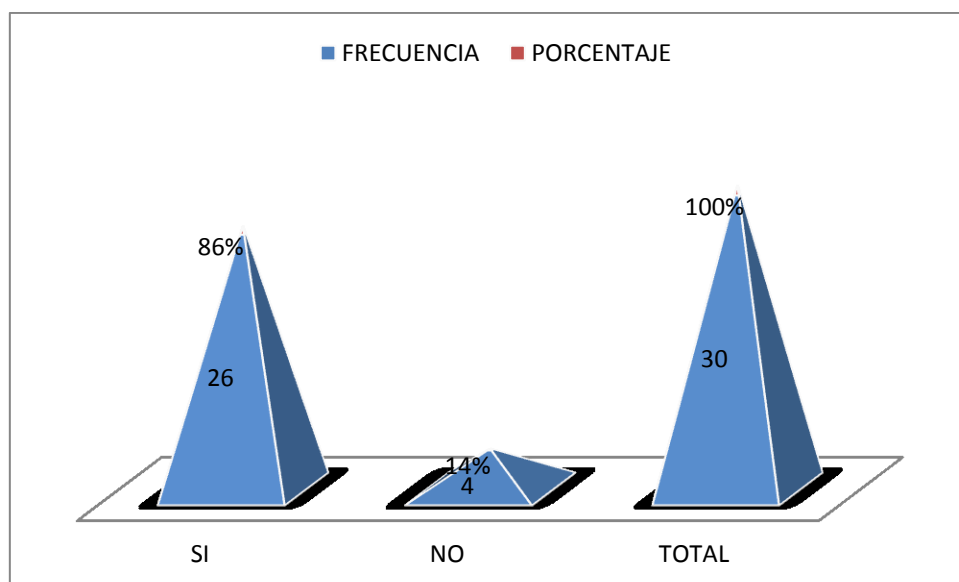
Tabla 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	26	86%
NO	4	14%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a 30 personas particulares de la ciudad de Quito

Elaboración: El Autor Hugo Danilo Veloz Castro.

Gráfico 4



Interpretación: Del universo de los treinta hombres y mujeres verificados, 26 pobladores, equivalentes al 86% respondieron que esta clase de acciones son positivas para toda la sociedad, sin embargo 4 personas, es decir el 14% consideran que estos procedimientos pueden llevar peligrosidad, ya que si no son manejados adecuadamente se puede ocasionar discusiones y debates en torno a los proyectos de explotación de recursos tan necesarios para la economía del país.

Análisis: El 86% de personas consultadas, se mostraron en total acuerdo con respecto a que una comunidad indígena se pronuncie respecto de un proyecto de explotación de recursos naturales en su territorio, aduciendo muchas veces que este mecanismo ayudaría a que las poblaciones se empoderen de las decisiones que muchas ocasiones solo las dejamos en manos del gobierno.

5. ¿Sabe sobre los derechos que el Estado le otorga a la naturaleza?

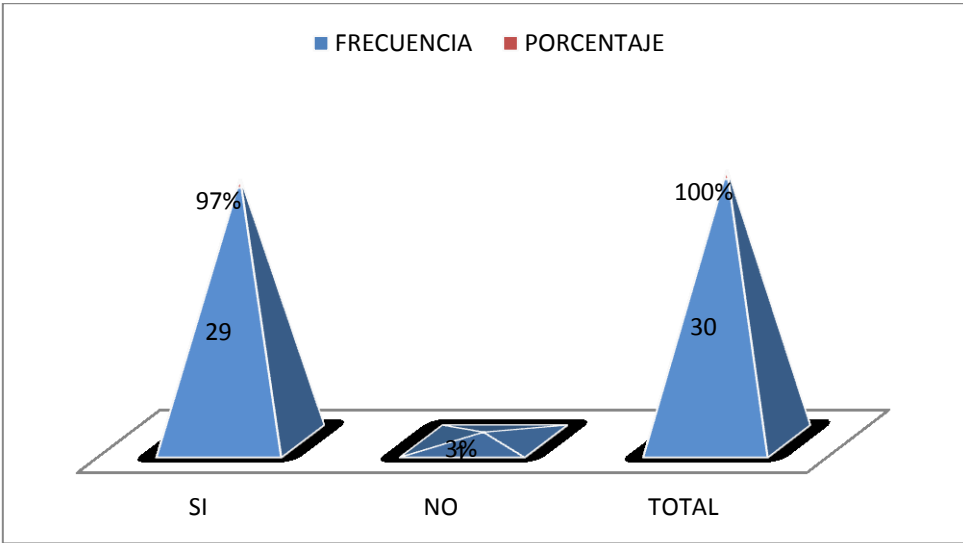
Tabla 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	29	97%
NO	1	3%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a 30 personas particulares de la ciudad de Quito

Elaboración: El Autor Hugo Danilo Veloz Castro

Gráfico 5.



Interpretación: Del conjunto de pobladores encuestados, 29 pobladores, equivalentes al 97% respondieron afirmativamente a la pregunta de la encuesta, esto quiere decir que están al tanto del otorgamiento de derechos a la naturaleza, mientras que 1 persona es decir el 3% no sabía sobre esta clase de derechos.

Análisis: En esta pregunta se denoto una notable y abrumadora mayoría, pues casi todas las personas encuestadas conocen sobre este novedoso instituto jurídico implantado en la Constitución de la republica de 2008 por el cual se toma a la naturaleza como sujeto de derechos más del 97% saben sobre este parecer lo que nos hace percibir que existe un conocimiento de las leyes ambientales en el país.

6. ¿Considera que si el Estado no considera vinculante la decisión de la Consulta previa esta debe realizarse?

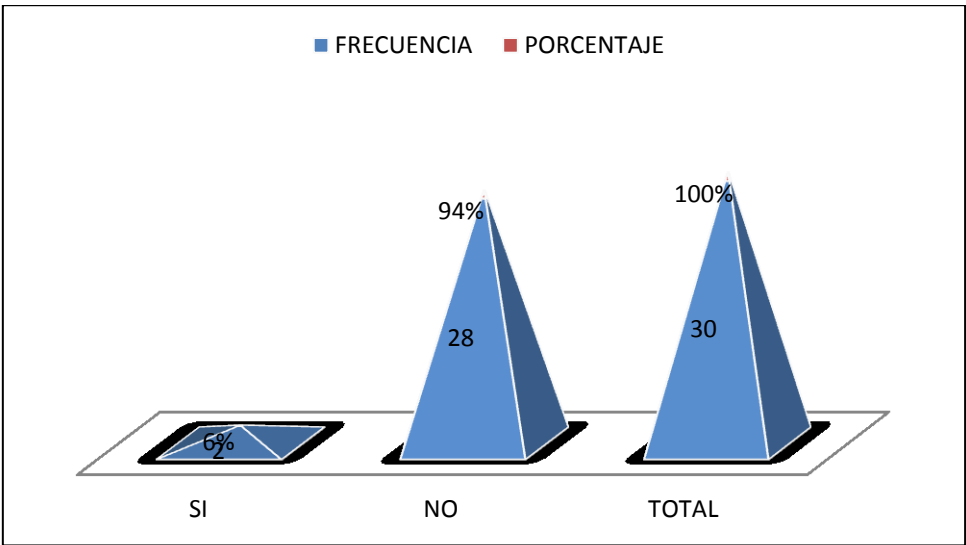
Tabla 6

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	6%
NO	28	94%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a 30 personas particulares de la ciudad de Quito

Elaboración: El Autor Hugo Danilo Veloz Castro.

Gráfico 6



Interpretación: De los treinta habitantes consultados 2 pobladores, equivalentes al 6% respondieron que a pesar de no tener vinculación la Consulta realizada a los pueblos indígenas esta debe realizarse, es decir que el 94% de encuestados no comparten esta posición aduciendo que sería inútil el realizar una consulta que luego no se la va a tener en cuenta para la decisión final de explotación de recursos naturales.

Análisis: Respecto al este tema que es la pregunta medular de la investigación se denoto que la gran mayoría de ciudadanos encuestados ven inútil el realizar una consulta si luego no se la va a tener en cuenta a la hora de tomar la decisión final sobre un proyecto de explotación de recursos naturales.

7. ¿Si cerca de su domicilio se proyectara realizar un plan de explotación de recursos naturales no le gustaría que antes fuera consultada su opinión?

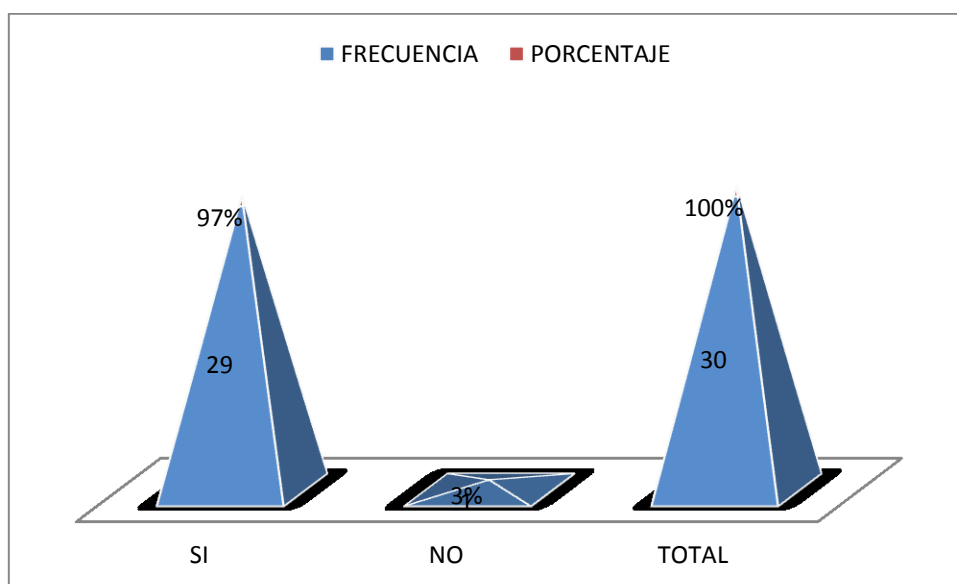
Tabla 7

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	29	97%
NO	1	3%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a 30 personas particulares de la ciudad de Quito

Elaboración: El Autor Hugo Danilo Veloz Castro.

Gráfico 7



Interpretación: De los treinta ciudadanos consultados 29 personas consultadas, equivalentes al 97% respondieron que si les gustaría ser consultados previo a un proyecto de explotación de recursos naturales cerca de su domicilio, por otro lado 1 persona es decir el 3% no cree que sea necesario el que se le consulte sobre estos proyectos.

Análisis: Con referencia a este tema se evidencio de igual manera una mayoría evidente, pues 29 personas de las 30 consultadas respondieron afirmativamente sobre una hipótesis de realizarse un proyecto de explotación de recursos naturales cerca de su domicilio.

8. ¿Considera de que si la propia Constitución de la República no regula y protege al medio ambiente por su ambigüedad en la redacción debe ser reformada?

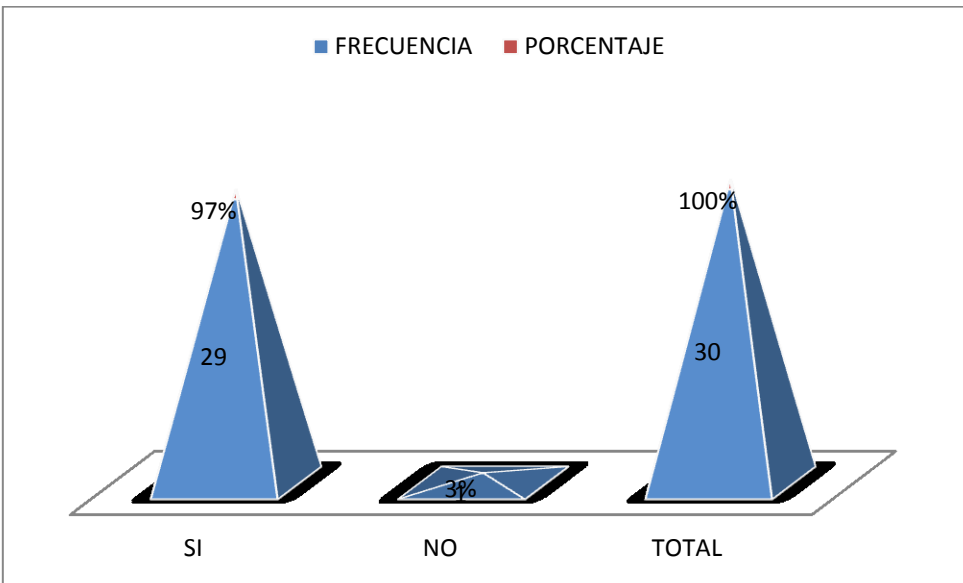
Tabla 8

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	29	97%
NO	1	3%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a 30 personas particulares de la ciudad de Quito

Elaboración: El Autor Hugo Danilo Veloz Castro.

Gráfico 8



Interpretación: Del universo de habitantes consultados, 29 ciudadanos, que equivale al 97% respondieron que si existe una controversia en la redacción de la constitución de la republica esta debe ser reformada, en contraposición 1 persona, es decir el 3% piensa que no es necesaria la reforma.

Análisis: En la última pregunta de la encuesta se evidenció que la población está de acuerdo con llevar a cabo reformas a la Constitución de la Republica en cuanto se divise una ambigüedad en la redacción de algún principio o derecho, más del 97% de los ciudadanos encuestados creen que si existe esta ambigüedad en torno a la consulta previa por lo que amerita una reforma constitucional.

4.2 Formulario de la entrevista

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR.

ENTREVISTA A PROFESIONALES DEL DERECHO AMBIENTAL, DIRIGENTES INDÍGENAS Y ADMINISTRADORES DE JUSTICIA.

Mi nombre es Hugo Danilo Veloz Castro y estoy participando en un estudio para la Universidad Central del Ecuador, me encuentro interesado en conocer su opinión sobre algunos temas relacionados con la Consulta Previa de los pueblos indígenas. Su participación como profesional del derecho es importante para lograr el objetivo del estudio.

Dígnese indicarnos su opinión respecto a las siguientes preguntas:

1. ¿Por qué las comunidades campesinas tienen derecho a la consulta previa como mecanismo para expresar o denegar consentimiento previo libre e informado?

Respuesta...

2. ¿Qué es el derecho a la consulta previa y cuál es su relación con concepto de consentimiento previo libre e informado?

Respuesta...

3. ¿A qué cree que obedece el debate en torno al efecto vinculante de la consulta Previa?

Respuesta...

Gracias por su ayuda. . .

4.2.1 Análisis e interpretación de resultados de la entrevista

Debido a lo extenso de las encuestas realizadas a 30 profesionales del derecho expertos en temas ambientales, 20 dirigentes indígenas y 20 administradores de justicia, y debido también a la gama de opiniones vertidas por estos tres grupos de entrevistados, se propuso en el trabajo de tesis dejar anotados tan solo las opiniones más relevantes de un representante de cada sector consultado.

1. ¿Por qué las comunidades campesinas tienen derecho a la consulta previa como mecanismo para expresar o denegar consentimiento previo libre e informado?

Con respecto a esta pregunta de la entrevista una opinión que llamo la atención por ser muy completa e integral a la hora de abordar las problemáticas planteadas fue la respuesta otorgada por la Dra. María Amparo Albán quien se desempeña como Doctora en Jurisprudencia y Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, con una Maestría en Derecho Económico en la Universidad Andina Simón Bolívar, Diplomados de negociación realizados en Harvard y Columbia University, así como otros cursos fuera del país. Fundadora y actual Presidenta del Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, CEDA, quien al respecto nos dijo:

“Las comunidades campesinas al igual que otras comunidades rurales como las indígenas y las afrodescendientes, son culturalmente distintas, esto implica que valoran distinto los elementos del ambiente, le dan significados distintos a la vida y sus etapas y le conceden un sentido particular a lo que ocurre a su alrededor. Esta diferencia cultural deviene entre otras, del modo de producción de la vida de estas comunidades, pues es precisamente desde allí que se tejen las relaciones sociales que producen las formas culturales en cada contexto.

En el caso de las comunidades campesinas estas diferencias culturales provienen fundamentalmente de las particularidades productivas de la economía campesina o economía agrícola familiar, es decir, de las formas de producción familiar que implican determinadas relaciones sociales de producción que implican a su vez formas culturales específicas. Adicionalmente no se pueden desechar los procesos de diálogo intercultural con comunidades indígenas y afrodescendientes que produjeron mestizajes, enseñanzas, hermandades y aprendizajes específicos entre dichas comunidades y las campesinas, generando con esto peculiaridades culturales en ambas comunidades. Dentro de las particularidades señaladas para el caso de la economía campesina podemos reseñar, la indivisibilidad del trabajo familiar, la inaplicabilidad del concepto de salario como remuneración del trabajo familiar, la inaplicabilidad del concepto de ganancia como fin último de la actividad productiva familiar y el equilibrio que tienen las familias campesinas entre la fatiga del trabajo y la satisfacción de las necesidades familiares. Estas especificidades generan las formas culturales que hacen a las comunidades campesinas diversas y en su calidad de tales es que debe reconocerse su derecho a decidir sobre lo que les afecte, desde ahí, desde la diferencia, desde el ser campesino y no desde la igualdad formal de una urna anónima.

Ahora, cabe señalar que ese reconocimiento de la diferencia es no sólo un imperativo jurídico de los principios del Estado Social de Derecho, sino que es una deuda histórica para con las comunidades campesinas victimizadas a lo largo de la historia y la geografía nacional. El restablecimiento de los derechos vulnerados a estas comunidades implica reconocer la legitimidad y validez de sus formas jurídicas, políticas, culturales y económicas propias, para que estas no sigan siendo aplastadas al ritmo de los estridentes rugidos del leviatán desarrollista.”

Gracias por su ayuda...

2. ¿Qué es el derecho a la consulta previa y cuál es su relación con concepto de consentimiento previo libre e informado?

En este cuestionamiento se distinguió que la respuesta otorgada por el abogado Carlos Espinosa Gallegos Vascones quien se desempeña como Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca; Abogado por la Universidad Internacional SEK, Consultor para la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, Asesor de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado (Asamblea Nacional del Ecuador); Consultor para el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD – Ecuador), Consultor del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos (Ecuador); Analista Jurídico para el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración (Ecuador) fue la más valedera al presentar el siguiente razonamiento:

“Jurídicamente el derecho a la consulta previa es una garantía, que busca que mediante un procedimiento consultivo, es decir, mediante un proceso de interrogación a una comunidad, ésta exprese si otorga o no su consentimiento para que determinada situación que le afecta ocurra. El consentimiento que se obtiene por medio del instrumento de la consulta debe ser cualificado, es decir, el procedimiento consultivo no se agota con una aceptación furtiva y parcial por parte de algunos miembros de la comunidad protegida; al contrario, este consentimiento debe ser producto de una labor de información que respete las formas culturales propias de la comunidad protegida, adicionalmente sobre este proceso no debe ejercerse ningún tipo de presión o constreñimiento, de lo contrario será viciado y puede entenderse como nulo. Debe anotarse que el procedimiento de consulta previa para obtener consentimiento previo libre e informado debe respetar las formas organizativas y de autoridad de la comunidad consultada. Estas garantías protegen a las comunidades que se entienden como diversas en términos culturales, económicos y étnicos entre otros.”

Gracias por su ayuda...

3. ¿A qué cree que obedece el debate en torno al efecto vinculante de la consulta Previa?

Finalmente en esta interrogante por tener una connotación social y política antes que jurídica se distingue la respuesta otorgada por el dirigente indígena Sr. Jaime Vargas, Presidente de la Nacionalidad Achuar del Ecuador quien manifestó al respecto:

“Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas son indivisibles. El derecho a la consulta previa y el derecho a la protección del medio ambiente, no son derechos aislados y des conexos. El Estado está en la obligación de proteger y desarrollar normativamente todos y cada uno de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas, por ello si es vinculante para el estado la decisión de un comunidad”.

Gracias por su ayuda...

CONCLUSIONES

- En conclusión la consulta previa es una novedosa figura jurídica que nace de los postulados internacionales y la lucha realizada por los pueblos y nacionalidades indígenas al considerar la importancia que tiene las decisiones de las comunidades sobre su convivir diario. De ahí que estas luchas se encuentran reflejadas en convenios y declaraciones internacionales.
- También la consulta previa es un instrumento de protección de los pueblos indígenas y de la naturaleza y medio ambiente en contra de los abusos de las empresas transnacionales que explotan recursos naturales en países del tercer mundo, una de las características más importantes por lo tanto es que su proceso debe ser libre e informado y debe estar supeditada al diálogo igualitario entre la ideología occidental y la ideología andina.
- La consulta previa, libre e informada debe ser realizada de forma respetuosa a los principios y estándares jurídicos internacionales, así como también a los principios y saberes de los pueblos y nacionalidades indígenas se concluye que la decisión que las comunidades tienen respecto de un proyecto de explotación de recursos naturales es vinculante para el estado pues se presenta como uno de los mecanismos de participación directa en la democracia y en el nuevo ordenamiento jurídico de estado constitucional de derechos.
- Finalmente la polémica instaurada sobre el efecto vinculante de la consulta previa para el estado tiene cabida fruto de la ambigüedad que existe en la redacción de los artículos constitucionales que tratan el tema así mismo esto se acrecentó debido al debate en los instrumentos internacionales y en las cortes de justicia donde se ventilaron algunos casos, sin embargo al analizar la esencia misma de la figura jurídica se concluye que la decisión de la consulta es vinculante para el estado por lo que se necesita de una reforma constitucional que deje claro este principio.

RECOMENDACIONES

- Para evitar que los jueces constitucionales realicen interpretaciones restrictivas respecto a la consulta previa, en especial para las nacionalidades y pueblos indígenas es importante que el Estado mediante la creación de una ley establezca parámetros claros de este procedimiento, que estén vinculados a principios como: la buena fe; la legitimidad; el entendimiento intercultural y bilingüismo; la oportunidad; la proporcionalidad; la temporalidad, la espacialidad y el pluralismo jurídico.
- Se debe insistir en pronunciamientos que deba realizar los organismos internacionales respecto de estas divergencias, por ejemplo pedir un estudio sobre la redacción de los artículos de la Constitución de la república que se refieren a la consulta previa por parte de organismos internacionales como la Organización de Estados Americano, o a UNASUR, o a la misma ONU, para que se pronuncien sobre el debate y se deje zanjado las posiciones, logrando llegar a acuerdos que en sí, es la naturaleza para lo que fue creada la figura de la consulta previa.
- Finalmente de encontrarse una falta de protección hacia la naturaleza por parte de la incongruencia en la Constitución de la República, es recomendable que el poder legislativo impulse una constitucional que deje solucionado el tema de un solo golpe, de no hacerlo el primer reto para el estado constitucional del Ecuador, es la expedición de Ley de Consulta Previa, que deberá dar contenido a la norma constitucional, y dar respuestas aquellos asuntos que hemos planteado en este trabajo de investigación.

CAPÍTULO V

5. PROPUESTA

5.1 Tema

ENMIENDA AL ART. 57 NUMERAL 7 Y 398, DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

5.2 Antecedentes de la propuesta

Como es de conocimiento para la mayoría de ecuatorianos nuestra constitución ha sido reformada más de veinte veces a pesar de ser considerada como norma jurídica suprema, esta jerarquización no ha impedido que en nuestro país las propuestas de reformas constitucionales y enmiendas a la Carta fundamental se hayan realizado en distintas formas y en numerosas ocasiones.

Sería un estudio muy amplio si trataríamos a todas las enmiendas y reformas que se han realizado a lo largo de la historia republicana del Ecuador, por lo tanto este acápite del trabajo investigativo se limitará al análisis de la última reforma constitucional y enmienda que se realizó en 2008 y en 2011 respectivamente.

Entonces como advertimos la última reforma a la Constitución fue realizada en 2008 exactamente fue redactada entre el 30 de noviembre de 2007 y el 24 de julio del 2008, por la Asamblea Nacional Constituyente en Montecristi, Manabí, y presentada un día después por dicho organismo. Para su aprobación fue sometida a referéndum constitucional el 28 de septiembre de 2008, ganando la opción aprobatoria. La Constitución de 2008 entró en vigencia, desplazando la anterior Constitución de 1998; y rige desde su publicación en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008.

En relación con la proposición que se realiza en este trabajo de tesis respecto de la enmienda a los artículos 57 numeral 7 y 398 de la Constitución debemos aclarar que el

antecedente a esta clase de propuestas la encontramos en la primera enmienda que se dio a la Constitución de 2008 y se realizó el 7 de mayo de 2011 mediante referéndum, entrando en vigencia el 13 de julio de 2011 con su publicación en el segundo suplemento del Registro Oficial N° 490. Los artículos enmendados fueron: artículo 77 numeral 9; artículo 77 numerales 1 y 11; artículo 312 primer inciso; disposición transitoria vigésimo novena, artículo 20 del Régimen de Transición y artículos 179 y 181.

5.3 Justificación

La realización de la enmienda constitucional, es con el propósito de brindar una mayor efectividad en la protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y para que exista una mayor protección al medio ambiente y a la naturaleza, a través de la presente investigación se ha determinado que existe una falta de protección de derechos hacia el medio ambiente por la ambigüedad existentes en los artículos constitucionales que versan sobre la figura de la Consulta previa y su efecto vinculante para el Estado.

Además si tomamos en cuenta que en el estudio de campo o investigación pura realizada en este trabajo se denoto que de igual forma existe tal desprotección a los derechos de la naturaleza y el medio ambiente por parte del Estado al no considerar vinculante a la consulta previa realizada en comunidades indígenas. Son razones más que suficiente para proponer una enmienda constitucional a los artículos que guardan cierta ambigüedad en su redacción.

Por ello queda justificada la propuesta a desarrollarse en base a que en la Constitución de la República, específicamente en sus Artículos 57 numeral 7 y 398 se propone que el estado será quien decida en última instancia sobre la explotación de recursos naturales dentro del territorio indígena o sobre proyectos administrativos o legislativos que de igual forma inmiscuyan a esta clase de comunidades. De ahí que para dar un marco jurídico que consolide un cambio hacia el tratamiento de delitos sexuales se necesita la enmienda constitucional.

5.4 Objetivos

5.4.1 General

Diseñar una enmienda a la Constitución en sus artículos 57 numeral 7 y 398 que versan la consulta previa en pueblos y comunidades indígenas respecto de planes de explotación de recursos naturales o sobre planes y proyecto administrativos y legislativos, de esa forma dejar sentadas las bases para que las decisiones tomadas por las comunidades en un consulta previa tengan un efecto vinculante para el Estado y sea consideradas a la hora de tomar la última decisión.

5.4.2 Específicos

- Identificar las causas por las cuales la naturaleza se encuentra en desprotección frente al Estado que utiliza la consulta previa como mecanismo de defensa contra demandas internacionales.
- Analizar la estructuración de una reforma constitucional respecto de la consulta previa en la cual se le incorpore el efecto vinculante que proteja al medio ambiente.
- Estudiar y exponer a profundidad desde la doctrina jurídica las consecuencias de la no implementación del efecto vinculante de la consulta previa con el fin de proteger el medio ambiente
- Determinar los daños ambientales que se han producido gracias a la vulneración de los derechos constitucionales de la naturaleza y de las comunidades consultadas.

5.5 Beneficiarios

5.5.1 Beneficiarios directos

Los beneficiarios directos de la propuesta son las comunidades y nacionalidades indígenas del Ecuador, además también es la naturaleza, pues al ser concebida como sujeto de derechos por el nuevo ordenamiento jurídico nacional también se presenta como un beneficiario si la consulta previa llegara a considerarse como un mecanismo jurídico que tiene un efecto vinculante para la toma de decisiones sobre la explotación de recursos naturales o los planes y proyectos legislativos que tratan sobre el convivir de la naturaleza con las comunidades indígenas.

5.5.2 Beneficiarios indirectos

Los beneficiarios indirectos de la propuesta de enmienda a la Constitución de la Republica es la ciudadanía del ecuador en general, pues al tener un mecanismo de participación directa que tiende a proteger los derechos de la naturaleza y de grupos de prioridad como los indígenas todo el país y su sociedad estarán contando con una verdadera herramienta democrática y que busca un ambiente igualitario y armónico para el ecuador.

5.6 Factibilidad

La propuesta dentro del desarrollo central se especifica proponer una enmienda constitucional, pues si tomamos en cuenta que la nueva Carta Fundamental ecuatoriana en su Art. 57 numeral 7 garantiza a los pueblos indígenas el ser consultados previamente a la realización de planes y programas de explotación de recursos, sin embargo de ello en la última parte del artículo se habla de que si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley, es decir que el estado es el que tendrá la decisión final, sin lugar a dudas que esto ocasionó todos los debates sobre si este tipo de consultas no se presentan solo como solemnidades que al final no se llegan a tomar en cuenta y más bien originan una falta de protección hacia los derechos ambientales.

Así mismo si analizamos el Art. 398 de la misma Constitución de la República encontramos en el último inciso la misma incongruencia legal que ha sido causa del debate existente sobre si la consulta previa es o no vinculante para el Estado:

Art. 398.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Esto quiere decir que de no seguir un proceso de enmienda constitucional, el medio ambiente y en especial el derecho ambiental está siendo desprotegido por el Estado, ocasionando un grave problema que puede desembocar en la falta de confiabilidad de las comunidades indígenas hacia proyectos de explotación de recursos económicos y desencadenar problemas jurídicos más severos como la falta de seguridad jurídica y el desequilibrio de la institucionalidad estatal. Pero para que la enmienda sea factible es importante analizar la diferencia entre enmienda y reforma constitucional, dentro de este contexto nuestra misma carta fundamental prescribe en los artículos 441 y 442 las características y trámite de cada una de estas figuras legales:

Art. 441.- La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará:

1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.

2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

Art. 442.- La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional.

La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes.

Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Es decir que a Enmienda, tiene por objeto la modificación de uno o varios artículos de la constitución, sin alterar su estructura fundamental, mientras que La Reforma, tiene por objeto la revisión parcial de la constitución y la sustitución de una o varias de sus normas, sin que modifique la estructura y principios fundamentales del texto constitucional.

En conclusión el trabajo investigativo propone una enmienda constitucional porque solo es necesario el cambiar la redacción de las artículos 57 numeral 7 y 398, pues

su estructura en si no estaría siendo cambiada, lo que se busca con esta enmienda es armonizar la redacción con el fin de que no se preste para malas interpretaciones y pueda la figura de la consulta previa ser aplicada de manera efectiva y eficaz.

5.7 Fases del proyecto

Cuadro 2

Fases del proyecto.

INDICADOR	SITUACIÓN ACTUAL	RESULTADOS ESPERADOS	ACTIVIDADES	RESPONSABLES
Implementación de una reforma Constitucional a los Art. 57 numeral 7 y 398.	Desprotección del medio ambiente frente al efecto no vinculante de la consulta previa	Proporcionar a la sociedad ecuatoriana en especial a las comunidades indígenas la aplicación efectiva de la consulta previa hacia proyectos de explotación de recursos naturales	Estructuración de una reforma a los Art. 57 numeral 7 y 398 de la Constitución por su ambigüedad a la hora de referirse al efecto vinculante de la consulta previa	Un grupo de especialistas conformado por expertos en derecho ambiental catedráticos universitarios, doctrinarios, Abogados en libre ejercicio.

Fuente: Hugo Danilo Veloz Castro

5.8 Descripción de la propuesta

Enmienda al Art. 57 numeral 7 y 398, de la Constitución de la República del Ecuador.

5.9 Impactos

El presente trabajo de investigación tiene un impacto social tanto para las comunidades como para el derecho ambiental en nuestro país, al ser el ámbito ambiental un asunto que concierne a todos los ciudadanos que conviven en el planeta, se concluye que esta reforma tendrá un impacto social en todas las personas relacionadas con el tema y todas las personas que buscan defender a la naturaleza de los abusos de las empresas transaccionales que se dedican a la explotación de recursos naturales.

Por ello el impacto que tiene este trabajo radica en que se analizó detenidamente la doctrina jurídica y la bibliografía existente sobre el tema de la consulta previa, sumándole un reforzamiento con el estudio de campo consistente en entrevistas y encuestas, llegando a vislumbrar la falta de protección del estado por el efecto no vinculante de la consulta previa.

De igual forma la proposición de enmiendas a la Constitucionales siempre va a tener un impacto jurídico por lo que representan, pero también al analizar otras nuevas normas que versan sobre la protección al ambiente y a la participación social directa, se llega a la conclusión que el impacto jurídico puede ser mayor que una enmienda legal, más bien puede ser un golpe a todas las instituciones administrativas de un Estado ocasionando con ello un cambio en las estructuras sociales política y hasta culturales de una sociedad que busca proteger a su naturaleza a grupos humanos como el indígena con mecanismos más eficientes y rápidos que funcionen y den seguridad y garantía a todos los componentes de contrato social.

5.10 Evaluación

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

La Asamblea Nacional

Considerando:

Que, es deber primordial del Estado velar por la seguridad jurídica de la población en todos los ámbitos, para lograr el desarrollo sostenible y el bienestar de todos los ciudadanos, tal como lo establecen la Constitución;

Que, el Estado debe cumplir y hacer cumplir los derechos de los ciudadanos establecidos en la Constitución, para lo cual implementará las reformas legislativas que sean necesarias en virtud de asegurar la aplicación de dichos derechos;

Que, para hacer efectivo dicho deber, el Estado requiere de un marco legal que determine con claridad todos los procedimientos que se han de utilizar para efectivizar la administración de justicia rápida y transparente;

Que, en este sentido, resulta indispensable enmendar la norma Constitucional con la inclusión de nuevos términos que tiendan a proteger de manera efectiva a la naturaleza y a los derechos indígenas otorgados según el convenio de Naciones Unidas

Y en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LOS ARTS. 57 NUMERAL 7 Y 398 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA:

Art. 1. Enmiéndese en el Título II Derechos, Capítulo IV Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, a continuación del sexto numeral del Art. 57 el párrafo con el siguiente texto:

Numeral 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna, los resultados serán vinculantes y tomados en cuenta por el Estado para la decisión final de cualquier plan o programa.

Art. 2. Incorpórese en el Título VII Régimen Del Buen Vivir, Capítulo II Biodiversidad y recursos naturales, Sección primera Naturaleza y ambiente, a continuación del segundo inciso del Art 398, un párrafo con el siguiente texto:

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión será tomada en cuenta y vinculará para que el Estado acátese lo disidido por la comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. Ministerio de Cultura de la República del Perú. (23 de 03 de 2012). *Consulta Previa Construyendo el dialogo Intercultural*. Recuperado el 15 de 04 de 2014, de <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/>
2. Anaya, J. (2008). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos*. New York: ACNUR.
3. Andrade, K. (2011). *Gobernanza ambiental en Bolivia y Perú: tres dimensiones de gobernanza; recursos naturales, conservación en áreas protegidas y comunidades indígenas*. Quito - Ecuador: FLACSO sede Ecuador.
4. Aparicio Wilhelmi, M. (2008). *Derechos: Enunciación y Principios de Aplicación*. Quito - Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional.
5. Arévalo, A. A. (2014). *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho Internacional*. Bilbao - España: Universidad de Deusto.
6. Aylwin Oyarzún, J. (2001). *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto Chileno*. Temuco Chile: Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de la Frontera.
7. Bermeo Guanga, A. F. (2010). *Supremacía constitucional*. Cuenca - Ecuador: Universidad de Cuenca.
8. Blacio Aguirre, G. S. (2012). *Texto Comentado a la Constitución de la República del Ecuador*. Loja Ecuador: Biblos lex fondo editorial jurídico.

9. Carrión, P. (2012). *Consulta previa: Legislación y aplicación Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador*. Quito - Ecuador: Fundación Konrad Adenauer Stiftung Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental CEDA.
10. Cea Egaña, J. L. (1983). Garantías Constitucionales en el Estados de Derecho. *Revista Chilena de Derecho*, 10.
11. Checa Montúfar, F. (2012). Comunicación política y pueblos indígenas. *Revista Latinoamericana de Comunicación Chasqui*, 8.
12. Comisión Mexicana para el conocimiento y uso de la biodiversidad. (2010). *Que es un ecosistema*. México D.F.: Comisión Mexicana para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad.
13. Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE). (26 de 04 de 2000). *La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE)*. Recuperado el 29 de 04 de 2014, de La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE): conaie.nativeweb.org/conaie9.html
14. *Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Quito - Ecuador: Cooperacion de Estudios y Publicaciones.
15. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto De San José)*. (1969). San José: Organización de Estados Americanos.
16. Crespo Plaza, R. (2007). *La naturaleza como sujeto de derechos: ¿símbolo o realidad jurídica?*
17. Daly, H. E. (1994). *De la Economía de un Mundo Vacío a la un Mundo Lleno, en Desarrollo Económico Sostenible*. Bogotá - Colombia: Ed. Uniandes.

18. De Otto, I. (2008). *Derecho Constitucional Derecho de Fuentes*. Barcelona: Ariel Derecho.
19. *Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. (2007). New York: ONU.
20. Defensoría del Pueblo. (2011). *Informe temático la consulta previa un derecho de participación*. Quito - Ecuador.
21. Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. México: Trotta.
22. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos. (25 de 03 de 2011). *La consulta previa Análisis sobre su alcance y aplicabilidad en el Ecuador*. Recuperado el 29 de 04 de 2014, de La consulta previa Análisis sobre su alcance y aplicabilidad en el Ecuador: <http://www.inredh.org/>
23. García Falconí, José. (13 de 08 de 2012). *Derecho Ecuador*. Recuperado el 03 de 05 de 2014, de Los Derechos Fundamentales: <http://www.derechoecuador.com/>
24. Gasset, & Ortega. (1994). *Meditación sobre la técnica, citado por Vicente Bellver Capella, Ecología de las Razones a los Derechos*,. Granada: ed. COMARES.
25. González Galván, J. A. (2002). *El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
26. Gravel, E., & Chabonneau-Jobin, C. (2013). *La comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones Dinámica e Impacto*. Ginebra - Suiza: Oficina Internacional del Trabajo.

27. Juste Ruiz, J. (1999). *El Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Madrid - España: ed. McGraw-Hill.
28. Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
29. Landázuri, H., & Jijón, C. (1988). *El medio ambiente en el Ecuador*. Quito: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales.
30. *Ley de Gestión Ambiental*. (1999). Quito - Ecuador: Cooperación de Estudios y Publicaciones.
31. Melo, M. (2012). *Consulta previa en el Ecuador: la mirada de los organismos internacionales de Derechos Humanos*. Quito - Ecuador.
32. Monroy Cabra, M. G. (2007). *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Bogotá - Colombia: Universidad del Rosario.
33. Montes Ponce de León, J. (2001). *Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible*. Madrid - España: Universidad Pontificia de Comillas.
34. Ordoñez Cifuentes, J. E. (2000). *Análisis Interdisciplinario Del Convenio 169 de la OIT: IX Jornadas Lascasianas*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
35. Organización Internacional del Trabajo. (2005). *Convenio 169*. Lima Perú: Organización Internacional del Trabajo OIT.
36. Parra Dussan, C., & Rodríguez, G. A. (2005). *Comunidades étnicas en Colombia: cultura y jurisprudencia*. Bogotá: Universidad del Rosario.

37. Pineda Medina, J. (2011). *Gobernanza, participación y territorio: el pueblo Awá de Ecuador y su proceso organizativo*. Quito - Ecuador: Abya Yala.
38. Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental (2008). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
39. Reglamento para la Ejecución de la Consulta Previa Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos (2012). Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
40. Rey, F. (2011). *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*. Madrid - España: Complutense.
41. Rodríguez Garavito, C., Morris, M., Orduz Salina, N., & Buriticá, P. (2010). *La consulta previa a pueblos indígenas*. Bogotá - Colombia: Universidad de los Andes.
42. Ruíz, P. (2002). *Legislación ambiental hidrocarburífera del Ecuador*. Quito - Ecuador: Petroecuador.
43. Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador. (25 de 02 de 2013). *Ecuador ama la vida*. Recuperado el 23 de 05 de 2014, de <http://www.hidrocarburos.gob.ec/>
44. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para adolescentes indígenas UNICEF (2013)*. Nueva York: Secretariado del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas.
45. Vernier, J. (1998). *El Medio Ambiente*. México D.F.: Reg.

46. Yupangui Yuquilema, V. (02 de 08 de 2012). *Bolpress*. Recuperado el 10 de 04 de 2014, de Instrumentos Internacionales, Jurisprudencia y Doctrina: <http://www.bolpress.com/>

LEGISLACIÓN

1. Convencion Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (1969). San José: Organización de Estados Americanos.
2. Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
3. Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (2007). New York: ONU.
4. Ley de Gestión Ambiental. (1999). Quito - Ecuador. Coorporación de Estudios y Publicaciones.
5. Organización Internacional del Trabajo (OIT) Convenio 169. (2005). Lima – Perú.
6. *Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental* . (2008). Quito - Ecuador: Coorporación de Estudios y Publicaciones.
7. *Reglamento para la Ejecución de la Consulta Previa Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos (2012)*. Quito - Ecuador: Coorporación de Estudios y Publicaciones.

LINKOGRAFIA

1. Yupangui Yuquilema, V. (02 de 08 de 2012). *Bolpress*. Recuperado el 10 de 04 de 2014, de Instrumentos Internacionales, Jurisprudencia y Doctrina: <http://www.bolpress.com/>
2. Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) . (26 de 04 de 2000). Recuperado el 29 de 04 de 2014, de La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE): conaie.nativeweb.org/conaie9.html
3. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos. (25 de 03 de 2011). *La consulta previa Análisis sobre su alcance y aplicabilidad en el Ecuador*. Recuperado el 29 de 04 de 2014, de La consulta previa Análisis sobre su alcance y aplicabilidad en el Ecuador: <http://www.inredh.org/>
4. García Falconí, José. (13 de 08 de 2012). *Derecho Ecuador*. Recuperado el 03 de 05 de 2014, de Los Derechos Fundamentales: <http://www.derechoecuador.com/>
5. Ministerio de Cultura de la Republica del Perú. (23 de 03 de 2012). *Consulta Previa Construyendo el dialogo Intercultural*. Recuperado el 15 de 04 de 2014, de Consulta Previa Construyendo el dialogo Intercultural: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/>
6. Secretaria de Hidrocarburos del Ecuador. (25 de 02 de 2013). *Ecuador ama la vida*. Recuperado el 23 de 05 de 2014, de Ecuador ama la vida : <http://www.hidrocarburos.gob.ec/>

ANEXOS

Anexo 1

Consulta previa

Publicado el 01/Mayo/2013 | 00:49

Por: Ángela Meléndez*

analisis@hoy.com.ec

La Constitución de Ecuador reconoció en 2008 amplios derechos de pueblos y nacionalidades indígenas, como la consulta previa, que les da oportunidad de incidir en decisiones que afecten su vida. Pero este derecho no está plenamente reglamentado, mientras sigue en debate el proyecto de Ley Orgánica de Consulta a las Comunas, Comunidades, Pueblos y Nacionalidades. El inciso 7 del artículo 57 de la Constitución garantiza la *"consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente"*.

El texto constitucional también da a estas poblaciones derecho a *"participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna"*. *"Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley"*, añade. La base jurídica de la consulta también se rastrea en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que Ecuador ratificó en 1998, y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en 2007.

Pero recientes proyectos mineros y petroleros pusieron a prueba la voluntad del Gobierno de respetar la consulta, y en alerta a las organizaciones indígenas. El 28 de noviembre de

2012, cientos de indígenas llegaron a Quito a protestar con grandes carteles porque no hubo consulta antes de convocar la XI Ronda de Licitación Petrolera, que puso a disposición de capitales privados yacimientos que contendrían 1 600 millones de barriles de crudo. En ese momento, Domingo Peas, líder de la nacionalidad achuar, aseguró que *"las consultas realizadas entre los pueblos y nacionalidades de las zonas de influencia son nulas porque su reglamentación no contó con participación de los pueblos y nacionalidades indígenas, no se respetaron sus métodos tradicionales de toma de decisiones y no se incluyeron procedimientos culturales adecuados, como el idioma"*. El presidente de la CONAIE, Humberto Cholango, considera que el trabajo de las autoridades no es suficiente. *"La consulta previa está pendiente, todavía no tenemos los resultados que quisiéramos. Necesitamos que se apruebe la ley, con eso se avanzaría mucho"*, dijo.

El proyecto, de 29 artículos, se refiere a consultas sobre medidas legislativas y prevé cuatro fases: de preparación; de convocatoria pública e inscripción; de realización de la consulta, y de análisis de resultados y cierre. De esta forma, el Estado determinará si un proyecto de ley afecta los derechos de cierta comunidad y luego la Asamblea Nacional legislativa convocará a una consulta prelegislativa que se ejecutará a través del Consejo Nacional Electoral. Es clave que esta norma entre en vigencia, porque *"garantizará a las nacionalidades indígenas su participación para decidir en futuras leyes que las afecten directamente, y así se evitará la falta de consensos"*, dijo la legisladora indígena Lourdes Tibán, de Pachakutik (Tierra América, IPS)

Tomado de la página web: <http://www.hoy.com.ec/>

Anexo 2

'Cualquier decisión tiene que ser previa consulta'

Publicado el 11/Mayo/2014 | 00:57

El personaje: Abogado de Sarayaku ante el Sistema Interamericano en el juicio que se siguió contra el Estado ecuatoriano por la explotación petrolera dentro del bloque 33.

Por: Paulina Rivadeneira

Redacción Actualidad

La entrevista

Las medidas cautelares dictaminadas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ¿de qué protege al pueblo Sarayacu?

Tuvimos una sentencia favorable en 2012 que es un precedente de importancia continental. Ese juicio se refería al derecho a la consulta previa y al respeto a los derechos culturales del pueblo de Sarayaku. Como fruto de esa lucha se obtuvo esta sentencia que es obligatoria y que está vigente para el Estado ecuatoriano. Esta sentencia implica que los pueblos indígenas tienen derecho a que se les consulte antes que el Estado tome cualquier decisión que pueda afectar su territorio.

¿Cualquier decisión? ¿No solo en el tema de la explotación petrolera?

No. Cualquier decisión que pueda afectar a sus derechos y a su territorio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) fue muy clara en establecer que el deber de consulta es inexcusable, que además responde a un principio general de Derecho Internacional y que debe ser observada en todos los casos en que el Estado pueda afectar los derechos del territorio de los pueblos indígenas. Eso es lo que está vigente. Sarayaku tuvo medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) desde 2003.

¿Esas medidas fueron acatadas y respetadas por el Estado?

En realidad hubo pronunciamientos políticos que desdeñaron las medidas cautelares. Recuerdo, por ejemplo, que un ministro de Gobierno del régimen de Lucio Gutiérrez dijo que *“la OEA no manda aquí y que eso (las medidas cautelares) no es más que un pronunciamiento espurio de unos señores que no saben ni dónde queda el Ecuador”*. Me acuerdo porque en ese año la OEA se reunía en Quito y la declaración fue muy inoportuna. El Estado acató las medidas aunque efectivamente no las cumplió en ningún momento. Tanto es así que en 2004, la Corte (IDH) dictó medidas provisionales.

¿Cómo se puede acatar y no se puede cumplir?

Acatar significa decir sí, estoy obligado. Pero lo que interesa es que se cumplan en la práctica. Las medidas cautelares dictaminadas por CIDH tienen un sentido: proteger a las víctimas de violación de derechos humanos mientras se tramita un proceso en la Corte (IDH). En el caso de Sarayaku, estas medidas implicaban - desde 2004- el retiro de los explosivos que dejó la empresa CGC en el territorio de Sarayaku, que hasta el momento siguen ahí. Cuando hay una sentencia, entonces pierden sentido. Sarayaku goza ahora de una sentencia a favor de la comunidad.

Además del retiro de la pentolita, ¿a qué otra cosa estuvo obligado el Estado ecuatoriano con Sarayaku?

A garantizar la vida y la protección de los miembros de Sarayaku que en ese momento estaban siendo amenazados sistemáticamente. Se presentaron algunas denuncias que nunca tuvieron seguimiento por parte de la justicia. Al final, nunca se pudo determinar responsabilidades.

¿Qué tipo de amenazas?

Por ejemplo, en una ocasión una radio de la ciudad del Puyo comenzó a pasar un pésame porque supuestamente Franco Viteri, Marlon Santi y José Gualinga, los líderes más importantes, se habían desbarrancado en el camino hacia el Puyo. La noticia causó gran conmoción. Cuando fueron a averiguar, la cuña había sido contratada por alguien con una cédula falsa. Eso fue interpretado como una amenaza directa de muerte. Más adelante, a Marlon Santi, presidente de Sarayaku, dos tipos se le acercaron en la terminal, le agredieron y le insultaron. Le dijeron que si no dejaba de molestar con el caso Sarayaku lo iban a matar como a un perro y le quitaron exclusivamente el expediente, los documentos del caso y su pasaporte donde estaba la visa estadounidense. Además, las comunidades que habían llegado a acuerdos con la empresa petrolera impidieron que Sarayaku transite por el río Bobonaza, la entrada a Puyo. En 2004 se organizó una actividad de solidaridad. Las canoas de Sarayaku fueron recibidas a bala. Hubo gente agredida, desaparecidos, niños heridos. Otros fueron capturados. Los rescataron gracias a la Cruz Roja.

¿Hubo muertos durante todo este proceso en Sarayaku?

Gente que ha muerto en el transcurso del proceso. Recuerdo el caso de un anciano sabio muy importante en Sarayaku, que sufrió un atentado terrible: el árbol donde él consideraba que estaba concentrado su poder para curar a su pueblo fue cortado. Por supuesto, este yachay, que era una persona muy anciana, murió de pena. En otra oportunidad, un grupo de jóvenes de Sarayaku fueron capturados por una patrulla del Ejército que estaba dentro del territorio acompañando a los trabajadores petroleros. Los capturaron y los sacaron en un helicóptero de la empresa petrolera. Los entregaron en un campamento de CGC y ahí fueron torturados y amarrados sin ropa en un hormiguero.

Finalmente, un teniente del Ejército los regresó a la comunidad. Sobre todas estas historias, que están documentadas, falló la Corte IDH. No es un acontecimiento episódico que sucede en este momento, sino que corresponde a un proceso de un pueblo que ha sido perseguido y que ha conseguido una reivindicación a través de la justicia internacional, tras 10 años de lucha.

¿Las medidas a favor del pueblo Sarayaku impiden el paso de las FFAA?

La relación de Sarayaku ha sido compleja. Ellos han sido agredidos y eso ha quedado documentado en el proceso ante la Corte Interamericana. El Estado ecuatoriano fue condenado por violaciones al derecho a la vida, que implicaron la colocación de los explosivos en congruencia con la empresa transnacional. No hay que olvidar que esa acción fue hecha en un contexto de militarización, entonces sí hay un recelo muy grande.

Pero ¿la Corte (IDH) dictaminó que las Fuerzas Armadas no podían entrar al territorio?

No. Eso no puede dictaminar la Corte. Lo que sí hizo fue establecer que cualquier decisión que se tome sobre el territorio del pueblo indígena tiene que ser previa consulta. Hay también normas internacionales como la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que establecen restricciones a las operaciones militares dentro de territorios indígenas. Es decir, necesitan específicamente consulta.

¿Es por estas restricciones que las Fuerzas Armadas no han podido entrar a Sarayaku?

No han entrado, que yo sepa.

Pero la comunidad denunció sobrevuelos...

La sentencia de Sarayaku es emblemática a nivel mundial y establece que cualquier decisión que pueda afectar al territorio por parte del Estado tiene que ser previamente

consultada y eso no es aplicable solamente a actividades hidrocarburíferas. Es aplicable a cualquier decisión estatal que pueda afectar los derechos. Lo que ha habido es una historia de desconfianza que no ha podido ser superada.

¿Y la Policía? Ellos sí pudieron aterrizar sus helicópteros en Sarayaku.

Con la Policía ha habido otra relación. No hay que olvidarse que la entidad encargada del retiro de los explosivos, desde antes de la sentencia, fue la Policía Nacional. Ha habido policías dentro del territorio de Sarayaku conviviendo y trabajando juntos en el retiro de explosivos. Entonces, la relación ha sido edificante y de confianza con miembros del Grupo de Intervención y Rescate (GIR). Esto sucedió entre 2009 y 2010, en el gobierno de Rafael Correa, con el actual ministro del Interior, José Serrano, y Galo Chiriboga. Con ellos se coordinó el cumplimiento del retiro de la pentolita, aunque no se concluyó. Se retiraron 14 kilogramos de un total de 1 460. Pero se hizo un trabajo de más de un año y durante ocho meses personal policial estuvo permanentemente en Sarayaku. Entonces, no hay una actitud histórica de rechazo a esa fuerza pública, sino todo lo contrario.

Las autoridades dicen que en Sarayaku hay paramilitares

Sarayaku es un pueblo valiente pero pacífico. La gente no puede ir a comprar una libra de carne, allá hay que ir y cazar para poder alimentar a la familia. El que aparezcan unos chicos con ropa oscura y con una escopeta de casa en la mano, no les convierte en paramilitares. El uso de ese término por parte de las autoridades debería ser muy delicado porque tiene una connotación jurídica grave en el sistema internacional de derechos humanos. No se puede pronunciar a la ligera.

Sin embargo, José Serrano fue defensor de Sarayaku y conoce a la comunidad.

Yo no comparto la decisión de Sarayaku de proteger a estas tres personas (Cléver Jiménez, Fernando Villavicencio, Carlos Figueroa,) pero el respeto mucho porque entiendo que es una decisión fundada en una cosmovisión tremendamente humanista que

ellos han demostrado a lo largo de su historia. Yo entiendo esa protección y también la posición de las autoridades del Estado. Entiendo que hay un mandato de capturar a estas tres personas sobre las cuales pesa una sentencia penal. No encuentro que haya un espacio de negociación entre Sarayaku, que no puede entregar a las tres personas, y el Estado que no va a renunciar o abstenerse de capturarlos.

¿Cuál es la salida, entonces?

Creo que la clave para solucionar este problema está en manos de las tres personas que lo causaron. Por válida e importante que sea la lucha de los señores Jiménez, Villavicencio y Figueroa debería ser despejado en otros escenarios. Si Sarayaku fue lo suficientemente generoso para recibirlos y cobijarlos creo que ellos deberían ser tan generosos para no poner en riesgo la integridad de la gente que está ahí y que puede ser afectada, si se da un operativo violento militar para que los capturen. Hay que replantear los términos del conflicto por parte de todos los involucrados. Quisiera hacer un llamado tanto al Estado como a la gente de Sarayaku para que establezcan un espacio de diálogo.

¿La sentencia vigente a favor de Sarayaku les faculta para amparar a las tres personas?

La gente de Sarayaku no ha actuado en este caso con una lectura jurídica del tema sino con una lectura cultural. Lo que a ellos les llama a proteger a estas personas en su territorio es un mandato muy profundo que viene de su cosmovisión. Ahora, estas personas tienen medidas cautelares vigentes a su favor y, por supuesto, eso es algo que tiene que ser considerado. Soy un académico convencido de que hay que fortalecer la democracia y el estado de Derecho y eso implica el respeto de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales. Si se reclama por la relación del estado de Derecho a Sarayaku, habrá que ser consecuentes. El no acatar medidas cautelares es no ser consecuentes.

¿Es decir que el Estado debe respetar las medidas cautelares que la CIDH emitió a favor de Villavicencio, Jiménez y Figueroa a propósito del respeto al estado de Derecho?

Sí. El Estado debería empezar por eso. Además, los señores Jiménez, Villavicencio y Figueroa deberían salir de Sarayaku y enfrentar su conflicto en otro espacio. Sería lamentable que se termine resolviendo el caso con un operativo armado que puede generar una ruptura de la paz social indeseable en la Amazonía y en el país.

¿A qué se expone el Estado si no se respetan las medidas cautelares de la Comisión y se viola la sentencia a favor de Sarayaku?

Todos los estados del mundo que incumplen disposiciones de los organismos internacionales, que son los supervisores del cumplimiento de los compromisos adquiridos soberanamente, se someten a la posibilidad de ser enjuiciados y eventualmente condenados si se encuentra responsabilidad por la violación de derechos humanos. En el caso del Ecuador eso ya sucedió pues, hay como 13 sentencias. Se ha condenado al Estado por violaciones de las normas CIDH y eso es lamentable. Es importante para el Ecuador y la democracia, para el marco jurídico nacional y la imagen externa que haya una continuidad en el respeto a los órganos internacionales de los derechos humanos y a sus decisiones.

Tomado de la página web: <http://www.hoy.com.ec/>